



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band XIII

Edited by: Hafner, Felix ; Kley, Andreas ; Monnier, Victor

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-203069>

Edited Scientific Work

Published Version

Originally published at:

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band XIII. Edited by: Hafner, Felix; Kley, Andreas; Monnier, Victor (2014). Bern: Stämpfli.

COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE

XIII



Stämpfli Verlag

Prof. Dr. Felix Hafner
Prof. Dr. Andreas Kley
Prof. Dr. Victor Monnier

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

curantibus

Felix Hafner

Andreas Kley

Victor Monnier



In ædibus STÆMPFLI
BERNÆ
Anno MMXIV

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3161-2
ISBN Judocu 978-3-0354-1197-3



PRÆFATIO EDITORUM

Kantonales Recht, Bundesrecht, Staatsstruktur und Rechtspraxis, so könnte der Titel der vorliegenden Ausgabe der *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* (CHIH) lauten. Die darin publizierten Aufsätze gehen auf einzelne Aspekte dieser Bereiche ein und vertiefen sie in rechtshistorischer Dimension. Abgerundet wird der Band durch einen eindrücklichen und persönlich gehaltenen Beitrag von Daniel Thürer über sein bewegtes, ganz der Rechtswissenschaft und insbesondere dem Völkerrecht gewidmetes Leben. Es ist den Herausgebern ein Anliegen, allen zu danken, die zum guten Gelingen der vorliegenden Nummer XIII der CHIH beigetragen haben.

Que tous ceux qui nous lisent régulièrement depuis 2006 soient informés que nous traversons des moments difficiles dus à la baisse des ventes de nos derniers cahiers. Malgré l'appui inconditionnel des Editions Staempfli et leur générosité, nous devons lutter pour notre survie. Le meilleur moyen de nous aider dans l'immédiat est l'achat de ce cahier. L'année prochaine nous envisagerons plus concrètement les mesures qu'impose cette situation déficitaire.

Che ci sia permesso di ringraziare nuovamente la casa editrice Staempfli, in particolare Isabelle Clerc e Stephan Grieb, senza dimenticare Kathy Steffen del dipartimento ginevrino di storia del diritto e delle dottrine giuridiche e politiche.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier

Tabula

Præfatio editorum	V
 Commentationes	
Matthieu de la Corbière	3
<i>Les exécutions publiques à Genève à la fin du Moyen Age</i> <i>(XIV^e-XVI^e siècles)</i>	
Stéphane Abbet	43
<i>Le statut de l'enfant à naître dans les sources du droit valaisan</i> <i>(XIV^e-XIX^e siècles)</i>	
Marie-Bernadette Schönenberger	63
<i>Les mariages mixtes en Suisse au XIX^e siècle</i>	
Zoltan Bécsi	99
<i>De l'Empire à la Fédération: l'héritage impérial du fédéralisme</i> <i>européen et le problème de la souveraineté</i>	
 Miscellanea	
Daniel Thürer	129
<i>«Hinter jenen fernen Höhen»: Erinnerungen aus meinem (bisherigen)</i> <i>Leben</i>	

COMMENTATIONES

Les exécutions publiques à Genève à la fin du Moyen Age (XIV^e–XVI^e siècle)

Ainsi que l'avaient constaté les diplomates de la Maison de Savoie au XVIII^e siècle, l'histoire de la justice à Genève au Moyen Age ne peut être comprise sans une analyse approfondie des comptes du châtelain de Gaillard (Haute-Savoie)¹. Cet officier rémunérant en effet le bourreau de la cité, payant les frais d'exécution et entretenant le gibet de Genève, sa comptabilité permet de qualifier la nature des droits judiciaires exercés par les citoyens, de quantifier le nombre de peines corporelles qu'ils prononçaient et de connaître leurs justiciables. Cette documentation exceptionnelle, aujourd'hui conservée aux Archives départementales de la Haute-Savoie et de la Savoie, consigne les exécutions de 477 condamnés de 1361 à 1528².

Cette masse documentaire révèle le poids de la justice pénale dans le système judiciaire genevois à la fin du Moyen Age et permet également d'inscrire son développement et son expression dans la longue durée³. Elle rend par ailleurs compte d'une organisation complexe qui est le résultat de

* Docteur en Histoire, historien du patrimoine à l'Inventaire des Monuments d'art et d'histoire du canton de Genève

¹ «Recueil fait sur les Comptes des Chatelains de Gaillard, des fraix païés pour des exécutions, qui se faisoient dans Geneve aux lieux de Champel, et Gaillard, contre divers Criminels condamnés par les Sindics de Geneve, 1458 en 1531» (Archivio di Stato di Torino (désormais AST), Corte, Paesi, Genève, categoria 1, mazzo 8, fascicolo 1). Ce recueil a été exploité par Louis Binz qui, sur la base de relevés de Philippe Broillet, a proposé une évaluation du nombre de condamnations pour hérésie à Genève (L. BINZ, «Les débuts de la chasse aux sorcières dans le diocèse de Genève», *Bibliothèque d'humanisme et Renaissance*, 59/3, 1997, pp. 573 et 577-578). Pour l'histoire de la justice genevoise au Moyen Age, voir Léopold MICHELI, «Les institutions municipales de Genève au XV^e siècle», *Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire et d'archéologie de Genève (désormais MDG)*, XXXII, 1912, pp. 114-143; Antony BABEL, *Histoire économique de Genève des origines au début du XVI^e siècle*, I, Genève, 1963, pp. 605-611.

² Cette étude n'aurait pu être conduite sans le concours de la Commune de Gaillard qui a accepté de financer la numérisation intégrale des comptes de la châtelainie conservés en Savoie dans le cadre de la reconstitution du site castral de Gaillard (Matthieu DE LA CORBIÈRE, *La forteresse et le bourg de Château-Gaillard (Haute-Savoie) au Moyen Age, Etude historique*, Carouge, 2013, ms., p. 2).

³ Pour l'époque moderne, voir les nombreux travaux de et dirigés par Michel Porret, et en particulier M. PORRET, *Le crime et ses circonstances, De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitions des procureurs généraux de Genève*, coll. *Travaux d'histoire éthico-politique*, LIV, Genève, 1995.

deux siècles et demi de luttes pour la détention et l'exercice de la haute justice.

La formation du système judiciaire

Suivant les traités de Seyssel et de Saint-Simon, scellés en 1124 et 1156, l'évêque de Genève disposait de la totalité des droits de justice sur sa cité («*bannum videlicet totius Geneve in omnibus et per omnia solius episcopi esse*»; «*justiciam et dominium cujuscunque sit homo ad episcopum solum pertinere*»), le comte de Genève ne faisant, en tant qu'avoué du prélat («*comes est et bonus advocatus*»), qu'exécuter les sentences («*comes justiciam faciat*»). L'autorité temporelle du prélat («*regia auctoritate*») fut confirmée par l'empereur qui lui octroya en 1154 l'immédiateté impériale, puis par le pape qui ratifia trois ans plus tard cette concession ainsi que l'accord conclu en 1156⁴.

La souveraineté de l'évêque fut remise en cause dans la seconde moitié du XIII^e siècle, à la suite de l'intrusion de la Maison de Savoie dans les murs de Genève. Le comte Pierre de Savoie s'étant en effet emparé vers 1240-1250 de la résidence des comtes de Genève, il prétendit que ses prédécesseurs jouissaient de droits de justice («*possessio vel quasi justicie et jurisdictionis in qua fuerunt comites Gebennarum*») et en particulier de la justice criminelle («*merum imperium quod vulgo justicia sanguinis appellatur*») ⁵. Bien qu'un accord conclu en 1267 mit fin à ces revendications et rétablit l'autorité de l'évêque⁶, le comte Amédée V de Savoie s'attribua peu avant l'été 1288⁷ les prérogatives de l'officier de justice laïc du prélat («*vidomne*») ⁸ et s'octroya la

⁴ Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *Des origines à 1460*, Arau, 1927, actes 3, p. 4, 7, pp. 8-9, 8, p. 12, 9, pp. 14-15 et 10, pp. 15-16. Pierre DUPARC, *Le comté de Genève IX^e-XV^e siècles*, MDG, XXXIX, 2^e édition, 1978, pp. 103-104 et 122-123.

⁵ Luigi CIBRARIO, *Storia della monarchia di Savoia*, II, Turin, 1841, doc. XI et XII, pp. 365-367. Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 27, pp. 40-42.

⁶ *Ibid.* Relevons toutefois qu'en dépit de cet accord, le comte de Savoie jugea et fit exécuter en 1269 à Genève un chevalier coupable de meurtre (Archives d'Etat de Genève (désormais AEG), Manuscrit historique 31, vol. III, p. 50).

⁷ Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 29, pp. 44-45. Peronet de La Salle tint le vidomnat pour le comte de Savoie jusqu'au 10 juin 1288 (AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 2). Pierre d'Oron était vidomne en janvier 1288 sans que l'on sache s'il tenait sa charge du comte de Savoie.

⁸ Edouard MALLET, «Du pouvoir que la Maison de Savoie a exercé dans Genève», MDG, VIII, 1852, pp. 141-146. Après avoir tenté d'acheter le vidomnat épiscopal, le comte de Genève dédommagea le damoiseau Gautier de Confignon, son vassal, pour la perte de sa charge de vidomne le 30 novembre 1288 et les 11 et 16 février 1289

haute justice⁹. L'évêque parvint cependant à imposer ses droits en 1290-1291, tout en acceptant d'inféoder le vidomnat épiscopal à Amédée V et par conséquent l'exercice de la basse justice¹⁰. Les parties convinrent enfin en 1306 de la répartition des amendes¹¹.

En fait, dans le contexte du conflit delphino-savoyard, ce fragile équilibre des pouvoirs résista peu aux incessantes tentatives d'empiétement du vidomne, le comte de Savoie s'appuyant par ailleurs sur les citoyens pour légitimer l'accroissement de ses capacités judiciaires. En premier lieu, les habitants prirent en 1308 l'initiative, d'entente avec Amédée V, d'élire quatre «recteurs» et vingt conseillers qui prétendirent aussitôt exercer la justice («*pretextu hujusmodi potestatis predictam jurisdictionem [omnimodam temporalem] exercebant*»)¹². Puis, ainsi que le montrent les comptes du châtelain de l'Ile, l'officier savoyard se permit d'appliquer des peines corporelles, dont une trentaine d'exécutions capitales, ponctuellement dans les années 1310-1320 puis régulièrement de 1335 à 1349 (fig. 1)¹³. Enfin, après avoir reçu les 2 et 3 janvier 1330 le serment des citoyens, le comte Aymon de Savoie rappela le 3 janvier leur rôle et leurs privilèges au sein du tribunal vidomnal, notamment lors de l'instruction des causes «difficiles» («*in arduis*

(Matthieu DE LA CORBIERE, «Les états de service d'un chevalier genevois : Richard de Confignon (v. 1319-† 1391)», *Echos Saléviens, Revue d'histoire locale*, 14, 2005, p. 117).

⁹ Le châtelain de l'Ile procéda à une pendaison en 1289 (AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 2).

¹⁰ «*Episcopus Gebenn. (...) habens et exercens per se et per vicedomnos et officarios ac iudices suos merum et mixtum imperium ac omnimodam jurisdictionem temporalem et spirituales in civitate et suburbio Gebenn.*» (Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 39, p. 59 et voir actes 30, pp. 45-48, 31, pp. 48-50, 33, pp. 51-55, 38, pp. 62-63 et 39, pp. 64-66).

¹¹ Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 55, pp. 99-100.

¹² AST, Corte, Materie ecclesiastiche, Arcivescovadi e vescovadi, Ginevra-Annecy, mazzo 1, titolo non numéroté ; Caspar WIRZ, *Bullen und Breven aus Italienischen Archiven 1116-1623, Quellen zur Schweizer Geschichte*, 21, Basel, 1902, acte 8, pp. 553-554, nomination en 1308 (et non 1307) par le pape d'une commission pour examiner l'appel des syndics et du Conseil contre l'excommunication qui avait été prononcée contre eux par l'évêque.

¹³ AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 6 ; *ibid.*, tit. 9 ; *ibid.*, tit. 12 ; *ibid.*, tit. 14 ; *ibid.*, tit. 15 ; *ibid.*, tit. 16 ; *ibid.*, tit. 18 ; *ibid.*, tit. 19 ; *ibid.*, maz. 2, tit. 1. Voir également AEG, Manuscrit historique 31, vol. IV, f° 47. Deux citoyens partisans du comte de Genève furent pendus à Champel après sa tentative avortée d'attaque de la cité en juin 1307 ; on ignore si la sentence fut appliquée par le vidomne savoyard (Edouard MALLET, «La plus ancienne chronique de Genève 1303-1335», *MDG*, IX, 1855, pp. 301-302).

causis)), et leur accorda le droit de recevoir les serments du vidomne et de son lieutenant lors de leur entrée en fonction¹⁴.

L'évêque tenta vainement de lutter contre ses usurpations. Après avoir admis en février 1309 la création d'une Commune – à laquelle il réfuta l'exercice de la justice – il prononça vers 1315-1317 un interdit contre la cité et le vidomne, coupable d'avoir outrepassé ses droits à l'occasion de la détention d'un alchimiste et dans une affaire de séquestre. Mais le comte de Savoie porta ces deux cas devant l'archevêque de Vienne et le pape¹⁵. Vingt cinq ans plus tard, le vidomne réfuta à l'official le droit de détenir les laïcs suspectés de meurtre. Alors qu'une enquête avait conclu en janvier 1343¹⁶ en faveur du second, le comte de Savoie soutint que le vidomne pouvait emprisonner les meurtriers et se saisir de leurs biens. L'évêque menaçant d'excommunication son adversaire, le vidomne en appela finalement au pape en novembre 1346. Si celui-ci ne trancha pas en sa faveur et ne mit pas fin à l'interdit de l'évêque, l'officier savoyard passa outre en procédant l'année suivante à l'incarcération de deux hommes accusés d'avoir empoisonné les puits de la cité¹⁷.

Un an après la fin du conflit delphino-savoyard, qui avait vu la victoire de la Maison de Savoie, l'empereur Charles IV octroya au comte Amédée VI de Savoie, le 21 juillet 1356, le titre de vicaire impérial sur ses terres et lui céda ainsi le pouvoir d'entendre les appels émanant des juridictions ecclésiastiques

¹⁴ AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 10. Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 67, pp. 125-127. AEG, Archives A 1, p. 87 (3 mars 1343). Pierre DUPARC, «Originalité des franchises de Genève», *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, XVI, 1976, p. 10.

¹⁵ Pour une étude récente de la formation de la Commune, voir Mathieu CAESAR, *Le pouvoir en ville, Gestion urbaine et pratiques politiques à Genève (fin XIII^e-début XVI^e siècles)*, coll. *Studies in European Urban History (1100-1800)*, 25, Turnhout, 2011, pp. 17-25. Edouard MALLET, *Documents inédits relatifs à l'histoire de Genève de 1312 à 1378*, MDG, XVIII, 1872, acte 163, pp. 164-166. Matthieu DE LA CORBIÈRE, *L'invention et la défense des frontières dans le diocèse de Genève, Etude des principautés et de l'habitat fortifié (XII^e-XIV^e siècle)*, *Mémoires et documents publiés par l'Académie salésienne* (désormais MDAS), 107-108, 2002, p. 112.

¹⁶ «*Officialis Gebenn. laycos delinquentes in dicta curia cepit, et captos fecit duci in domo episcopali et ex eadem cum opus fuit ad castrum Jussiaci*» (Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 75, pp. 142-144).

¹⁷ AEG, Manuscrit historique 31, vol. IV, f^o 65-67v^o, 69-70, 70-70v^o, 73-73v^o, 79, 82 et 88. «*Tam idem dominus comes quam ejus predecessores Sabaudie comites ab antiquissimis temporibus habent et habuerint jus homicidarum bona capidendi, nec non et cetera que spectant ad exercitium imperii meri, mixtique, quorum in possessione vel quasi fuerunt pacifica justo titulo*» (Edouard MALLET, *Documents inédits relatifs à l'histoire de Genève de 1312 à 1378*, *op. cit.*, acte 128, pp. 208-209, 1346).

s'exerçant dans les domaines que ce dernier dominait. Cette disposition s'étendait au diocèse de Genève, ainsi que l'empereur le rappela en 1362. Finalement, en dépit de la confirmation des nouveaux privilèges du comte en 1365 («*authoritate cesarea*»), l'opposition véhémement de l'évêque fit plier l'empereur qui révoqua le vicariat les 13 septembre 1366 et 25 février 1367. Le comte n'accepta toutefois de restituer ses droits à l'évêque qu'en juin 1371, après exhortation des papes Urbain V et Grégoire XI¹⁸. Au mois de novembre, tirant le bilan de vingt-six années de conflits de juridiction – au cours desquelles l'évêque avait continuellement imposé l'interdit à sa cité – le chapitre cathédral dressa l'historique des usurpations du comte de Savoie concernant la saisie des biens des criminels, mais n'évoqua pas les prérogatives que les citoyens s'étaient attribuées dans l'exercice de la haute justice¹⁹.

Or, cette succession de crises avait permis aux syndics d'affirmer leur faculté de juger les causes criminelles, ainsi que le montre une sentence d'acquittement rendue en juin 1364 par le tribunal vidomnal en faveur d'un homme accusé d'avoir assassiné sa femme²⁰. Ce droit, accaparé illégalement par les citoyens dès les années 1308-1330, fut finalement ratifié par les franchises accordées le 23 mai 1387 par l'évêque Adhémar Fabri. La charte spécifie en effet que les syndics et les citoyens étaient associés à l'instruction conduite par le vidomne et jugeaient seuls les causes criminelles, le prélat se réservant l'examen des appels et le droit de grâce²¹.

En dépit de tentatives récurrentes de la Maison de Savoie pour usurper ou négocier la totalité ou une partie des droits de justice à Genève²², la répartition des pouvoirs entre l'évêque, les citoyens et le vidomne ne subit plus de modifications majeures jusqu'à la veille de la Réforme. Finalement, le prélat priva sa cour (officialité) de la connaissance des causes civiles

¹⁸ Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 90, pp. 170-172 et note 1, p. 172. Paul FOURNIER, *Le Royaume d'Arles et de Vienne (1138-1378)*, Paris, 1891, pp. 464-465, 480 et 490. Pierre DUPARC, *Le comté de Genève IX^e-XV^e siècles*, *op. cit.*, pp. 296 et 300.

¹⁹ Edouard MALLET, *Documents inédits relatifs à l'histoire de Genève de 1312 à 1378*, *op. cit.*, acte 170, pp. 312-317.

²⁰ Edouard MALLET, «Sources», *MDG*, II, 1843, acte XIV, pp. 375-378. Léopold MICHELI, «Les institutions municipales de Genève au XV^e siècle», *op. cit.*, p. 36.

²¹ Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 102, pp. 200-203. Amédée-Pierre-Jules PICTET DE SERGY, *Genève, Origine et développement de cette république*, II, *Genève municipale*, Genève, 1847, pp. 114-125. Léopold MICHELI, «Les institutions municipales de Genève au XV^e siècle», *op. cit.*, pp. 117-118 et 121-133. Pierre DUPARC, «Originalité des franchises de Genève», *op. cit.*, p. 12.

²² Isabelle JEGER, *Justices et pouvoirs à Genève à la fin du Moyen Age*, mémoire de prédoctorat sous la direction de Franco MORENZONI, Genève, 2003, ms., pp. 30-31.

majeures, dont les litiges dépassaient 30 florins, en la remettant, le 15 juillet 1527, entre les mains des syndics qui instituèrent alors un «Conseil de paix». Le Conseil de Genève plaça celui-ci en novembre 1529 sous la direction d'un lieutenant assisté par quatre auditeurs²³.

²³ Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, II, *De 1461 à 1550*, Arau, 1930, doc. 596-598, pp. 249-252, 602, p. 254 et 636, pp. 271-279. Louis BINZ, Jean EMERY et Catherine SANTSCHI, *Le diocèse de Genève, l'archidiocèse de Vienne en Dauphiné, Helvetia Sacra, Archidiocèses et diocèses* III, section 1, vol. 3, Berne, 1980, p. 189. Jacques DROIN, *Catalogue des factums judiciaires genevois sous l'Ancien Régime*, MDG, LIII, 1988, pp. 1-2. Mathieu CAESAR, *Le pouvoir en ville, Gestion urbaine et pratiques politiques à Genève (fin XIII^e-début XVI^e siècles)*, *op. cit.*, pp. 118-119.

Années	Suppliciés	Pendaisons	Décapitations	Noyades	Mutilations	Fustigations	Flétrissures	Bannissements
1289	1	1	0	0	0	0	0	0
1311-12	5	2	1	1	0	0	1	0
1313-14	3	1	0	0	2	0	0	0
1325-27	3	3	0	0	0	0	0	0
1335-36	4	4	0	0	0	0	0	0
1337-39	1	0	0	0	1	0	0	0
1339-40	2	1	0	0	1	0	0	0
1340-41	1	0	0	0	1	0	0	0
1343-44	2	0	0	0	0	2	0	0
1344-45	2	1	1	0	0	0	0	0
1345-46	2	1	0	0	0	1	0	0
1346-47	11	6	0	0	0	4	0	3
1347-48	6	4	0	0	1	1	0	0
1348-49	6	4	0	0	0	2	0	0
TOTAL	49	28	2	1	6	10	1	3

Fig. 1. Exécutions enregistrées dans les comptes de la châtelainie de l'Ile à Genève (1288-1349). Il est à noter que les peines peuvent être cumulées.

L'organisation du système judiciaire

Rencontrant des difficultés pour exercer sa justice, en tout cas dans sa mense rurale²⁴, l'évêque Aymon de Grandson institua en 1225 un official, juge suprême en matières spirituelle et temporelle, dont les prisons étaient aménagées dans le palais du prélat à Genève et dans le château épiscopal de Jussy. Dans la cité, Louis Binz a expliqué que cet officier jugeait «selon la procédure romaine, par écrit et en latin, des affaires civiles purement laïques, celles où [étaient] impliqués des habitants de la ville quand le litige [portait] sur les cas importants, notamment quand la valeur des biens en litige [dépassait] 30 florins». Ses compétences s'étendaient jusqu'au XIV^e siècle aux causes criminelles²⁵ ; il se contenta ensuite de juger en appel par l'intermédiaire d'un commissaire non permanent («*judex causarum appellationum et nullitatum*»)²⁶.

Dès le XII^e siècle, l'évêque déléguait la police de la cité, la saisie des suspects, l'instruction – avec la faculté de recourir à la torture – la justice civile et la basse justice en matière pénale à un officier héréditaire qualifié de vidomne («*vicedomnatus civitatis Gebennarum*»)²⁷. Celui-ci était assisté par un juge («*judex vicedognatus Gebenn.*»), deux chanoines, deux vassaux nobles de l'Eglise et par deux à quatre citoyens²⁸. La procédure suivie était coutumière, orale et en langue vernaculaire. Le tribunal vidomnal siégeait sous la halle du Vieux-Mézel («*ubi est consuetum fieri executiones et jus reddi per curiam secularem vicedogni Gebenn.*»), dans l'actuelle rue Henri-Fazy²⁹, et livrait ses sentences publiquement sur quatre bancs³⁰.

²⁴ Marie-Claude JUNOD, «L'enquête contre Aimon de Grandson évêque de Genève 1227», *MDG*, XLVIII, 1979, pp. 41, 96-99, 100-103 et 128-129.

²⁵ Louis BINZ, Jean EMERY et Catherine SANTSCHI, *Le diocèse de Genève, op. cit.*, pp. 33 et 187-190.

²⁶ Voir par exemple AEG, PH 359 ; Frédéric BOREL, *Les foires de Genève au quinzième siècle*, Genève, 1892, pièce justificative I, pp. 1-2. Voir ci-dessus note 1.

²⁷ Edouard MALLET, «Du pouvoir que la Maison de Savoie a exercé dans Genève», *op. cit.*, pp. 130-154. Christiane BERGERET DE FROUVILLE, *Le vidomnat de Genève du XII^e à la fin du XIV^e siècle*, mémoire de thèse de l'Ecole des chartes, 1961, ms., pp. 13-38 et 193-203. Marie-Claude JUNOD, «L'enquête contre Aimon de Grandson évêque de Genève 1227», *op. cit.*, pp. 39-41. «*Vicedompnus cognoscere posset nomine ipsius domini episcopi de causis secularibus ad ipsum per clamam delatis nisi cognitioni alicujus vel aliquarum ipse dominus episcopus se imiscere vellet*» (AEG, Archives A 1, pp. 26-27, 1306).

²⁸ AEG, Titres et droits, OEa 8, f^o 27v^o, 1334. Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, actes 29, pp. 44-45 et 38, pp. 62-63.

²⁹ Edouard MALLET, *Documents inédits relatifs à l'histoire de Genève de 1312 à 1378*, *MDG*, XVIII, 1872, acte 192, pp. 341-344. Archives d'Etat de Genève, Titres et Droits, KAa 79, f^o 11v^o-12. Matthieu DE LA CORBIÈRE (dir.), *Les Monuments d'Art et d'Histoire du canton de Genève*, III/117, Genève, ville forte, Berne, 2010, p. 30. Les

Le vidomne conserva l'ensemble de ses prérogatives en dépit de leur captation en 1288 par le comte Amédée V de Savoie, légalisée en 1290, et de la transformation de la fonction en office révocable. Le vidomne fut dès lors désigné par le comte de Savoie, et investi par l'évêque puis après 1330 par les citoyens. Il cumula en outre sa charge avec celle de châtelain du château dit de Genève puis, à partir de 1293, avec celle de châtelain de la forteresse de l'Île où furent aménagées ses prisons³¹. Enfin, comme on l'a vu, ses pouvoirs s'étendirent à l'exécution des criminels dès les années 1310, tandis que les citoyens s'arrogeaient le droit de les juger. Après l'octroi des franchises en 1387, les syndics se firent seconder dès le début du XV^e siècle par des docteurs en droit³². Cette organisation subsista jusqu'à ce que le Conseil décida, le 14 juin 1528, de résilier le vidomnat épiscopal³³.

L'application des peines corporelles était en principe dévolue au comte de Genève en vertu des accords de Seyssel et de Saint-Simon. Celui-ci délégua cette charge à un vidomne héréditaire qui ne doit pas être confondu avec son homologue épiscopal. Cet officier était rattaché à la cour du châtelain du château dit de Genève («*vicedomnatus castri et castellanie castri de Gebenna*») et ses prérogatives s'étendaient par conséquent à l'ensemble du ressort de cette forteresse compris entre l'Arve et la rive gauche du lac Léman, d'Etrembières à Foncenex³⁴.

Or, l'office de bourreau étant lié au château de Genève, il passa avec lui entre les mains de la Maison de Savoie au milieu du XIII^e siècle ; le châtelain savoyard procéda ainsi vers 1286-1287 à la pendaison de plusieurs larrons non nommés³⁵. Puis, malgré la rétrocession de la forteresse à son légitime propriétaire à la fin de ce siècle³⁶, le comte de Savoie capta la charge au profit

assises se tenaient dans la maison de Ville au milieu du XV^e siècle (AEG, Finances M 4, f^o 43/185 et 72/675).

³⁰ «*Item quatuor scanna sappini que ponuntur extra domum communem dum et quotiens sentenciis malefactorum per nobiles syndicos et alia tria parva scanna nemoris sappini*» (AEG, Archives A 1, p. 301, vers 1527).

³¹ «*Ubi delinquentes laici et criminales soliti sunt et solent detineri*» (Registres du Conseil de Genève publiés par la Société d'histoire et d'archéologie de Genève, X, 1928, doc. XXXIV, p. 615, 1527).

³² Mathieu CAESAR, *Le pouvoir en ville, Gestion urbaine et pratiques politiques à Genève (fin XIII^e-début XVI^e siècles)*, op. cit., pp. 277 et 278-279. Voir par exemple Registres du Conseil, op. cit., II, 1906, p. 104.

³³ Registres du Conseil, op. cit., XI, 1931, pp. 80-81, 90, 91, 96 (note 2), 104, etc.

³⁴ Matthieu DE LA CORBIERE, «Le ressort du château comtal de Genève en 1272», *Bulletin de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Genève*, 41, 2011, pp. 93-118 et notamment p. 99.

³⁵ AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 1.

³⁶ Le château de Genève fit l'objet de nombreux conflits armés et tractations diplomatiques de la fin du XIII^e au début du siècle suivant (Matthieu DE LA CORBIERE

de son châtelain de l'Île qui, comme on l'a constaté, appliqua les peines corporelles en 1289 puis de 1311 à 1349, avec plus ou moins de régularité³⁷. On ignore si le comte de Genève opérait alors les exécutions légalement prononcées par l'officialité diocésaine. Il semble en tout cas qu'il fit valoir ses droits, en faisant par exemple dépendre un cadavre vers 1309-1310³⁸ et en expatriant à cette époque son officier à quelques kilomètres de Genève.

En effet, affaibli dans la cité, le comte Amédée II de Genève se résolut vers 1304-1306 à placer le ressort du château de Genève sous le commandement de la forteresse de Gaillard, construite en juillet 1304 à 5,4 kilomètres au sud-est de Genève, non loin d'Etrembières (Haute-Savoie). Ce transport amena le transfert des prérogatives du châtelain de Genève et du vidomne comtal entre les mains du châtelain de Gaillard et aux dépens de leurs détenteurs³⁹. Les conflits qui en résultèrent furent tranchés le 29 février 1332 en faveur des frères et damoiseaux Etienne et Mermet d'Anthy auxquels on reconnut la détention du vidomnat comtal (*«jux utendi dicto vicedomnatu absque omni impedimento et omnia jura qualicunqua pertinentia ad vicedomnatum predictum»*), moyennant l'hommage vassalique, et auxquels on accorda également le droit d'ériger des fourches patibulaires⁴⁰.

En réalité, le comte de Genève se contenta de leur verser le tiers des amendes perçues par le châtelain de Gaillard, ce dernier conservant les prérogatives de l'ancien vidomne comtal⁴¹. Cet officier révocable put en particulier récupérer, entre 1349 et 1366, la plénitude des attributions de l'exécuteur des peines corporelles prononcées à Genève (fig. 2). Il les garda jusqu'à la veille de la Réforme⁴², le Conseil décidant finalement, le 27 no-

(dir.), *Les Monuments d'Art et d'Histoire du canton de Genève*, III/117, *op. cit.*, pp. 146-154).

³⁷ Voir ci-dessus notes 9 et 13.

³⁸ Archives départementales de la Haute-Savoie (désormais ADHS), SA 16968, f° 45-46.

³⁹ Matthieu DE LA CORBIÈRE, «Le ressort du château comtal de Genève en 1272», *op. cit.*, p. 100. «*Vicedomnatum asserunt redactum fuisse ad regimen castellanie castri Galliardi*» (AST, Corte, Materie politiche per rapporto all'interno, Protocolli dei notai della Corona, Protocolli camerali, Serie nera, prot. 18, f° 25v°-27(50-53).

⁴⁰ *Ibid* ; Archives départementales de la Savoie (désormais ADS), SA 12, f° 195v°. Eloi-Amédée de Foras, *Armorial et nobiliaire de l'ancien duché de Savoie*, VI, Supplément, Grenoble, 1938, p. 41 ; *ibid.*, V, Grenoble, 1910, p. 631 et voir p. 633.

⁴¹ Dès les années 1360, le châtelain de Gaillard spécifia qu'il ne versait plus cette rente (ADHS, SA 17727, Gaillard (1361-1366), f° 4).

⁴² «*Qui pro eodem illustrissimo domino nostro onus habet exequi faciendi per dictum lanistam tales sentencias contra criminosos et delinquentes ad penam sanguinis condemnatos*» (*Registres du Conseil*, *op. cit.*, X, 1928, doc. XXXIV, p. 615, 1527).

vembre 1528, de lui ôter ses fonctions pour les conférer au procureur fiscal ou au sautier⁴³.

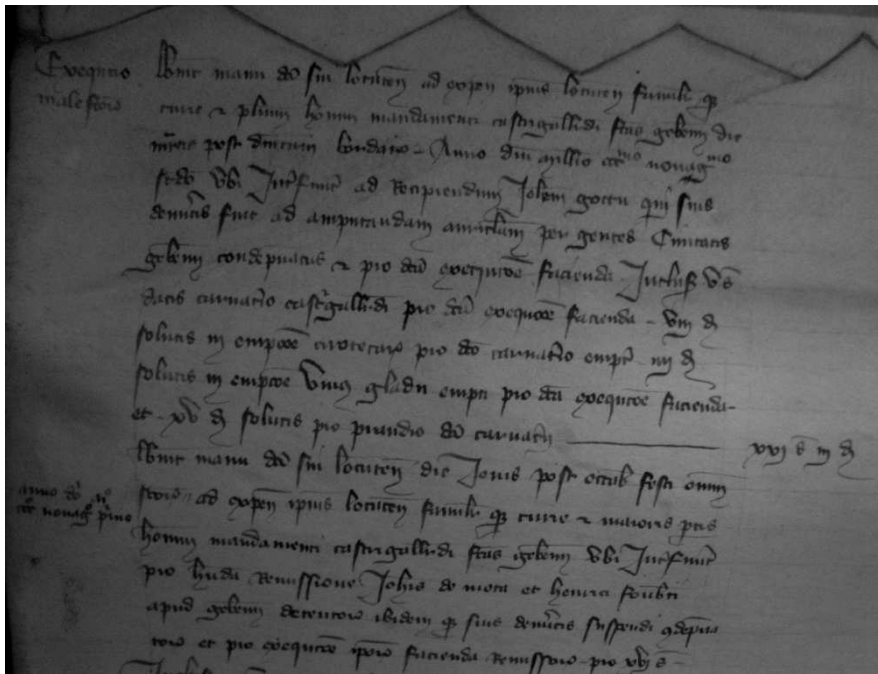


Fig. 2. Frais enregistrés par le châtelain de Gaillard pour l'amputation d'une oreille et deux pendaisons ordonnées en 1391 et 1392 à Genève (ADHS, SA 17748, f^o 6).

Limites et apports des comptes de la châtelainie de Gaillard

Comme on le verra, le châtelain de Gaillard enregistrait les dépenses résultant des condamnations corporelles prononcées par les citoyens de Genève mais également par les autorités comtales puis duciales au titre du mandement de Gaillard. Ses comptabilités représentent aujourd'hui trois ensembles répartis entre les Archives départementales de la Haute-Savoie et celles de la Savoie : 3 comptes consignés dans un volume papier pour les années 1309-1313, 23 rouleaux de parchemin établis de 1361 à 1393 et 107 rouleaux et cahiers en papier rédigés de 1418 à 1531⁴⁴. La période couverte souffre par conséquent

⁴³ Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, II, *op. cit.*, doc. 620, p. 263.

⁴⁴ ADHS, SA 16968, f^o 45-46, 80v^o-81v^o et 140v^o-142 ; ADHS, SA 17727 à SA 17749 ; ADS, SA 15451 à SA 15555.

d'importantes lacunes. Si la documentation des années 1313-1361 ne semble pas avoir été conservée, l'absence de celle relative aux années 1393-1418 résulte de l'hypothèque du mandement et de sa forteresse passée en février et juin 1393 par le pape Clément VII (comte Robert de Genève) en faveur du chevalier Girard de Ternier. Après un compromis conclu en 1412 et la mort du chevalier de Ternier, le comte Amédée VIII de Savoie put prendre possession de Gaillard le 12 juillet 1418, en tant que successeur des comtes de Genève⁴⁵.

Les comptabilités qui nous sont parvenues sont d'un apport très inégal pour la connaissance des exécutions corporelles. Si les comptes des années 1309-1313 ne fournissent que des bribes d'informations, en raison de leur caractère sommaire⁴⁶, ceux dressés de 1361 à 1393 présentent d'importantes lacunes en n'enregistrant les supplices d'une manière régulière qu'à partir de l'exercice comptable mai 1373-juin 1374. Un seul cas est consigné jusqu'à cette époque, alors que les archives de la Communauté de Genève attestent de la remise de deux autres condamnés au châtelain de Gaillard en décembre 1372 et janvier 1373⁴⁷. Pour leur part, les comptes dressés par l'administration savoyarde présentent un plus grand intérêt par la régularité scrupuleuse des mentions : quatre-cent cinquante-huit exécutions sont consignées de 1418 à 1528 ; seules les années 1517-1523 et 1529-1531 font défaut, par l'absence ou les déficiences des comptabilités⁴⁸.

Somme toute, les scribes de la Chambre des comptes ducale n'ont pas livré un travail d'une qualité constante. Leurs rapports sont souvent précis, en stipulant chaque dépense ainsi que les noms et l'origine géographique des condamnés, en indiquant les dates des supplices ou bien en énumérant les procès-verbaux dressés avant et après l'application des châtiments, voire en nommant les témoins présents lors de chaque exécution, assez systématiquement de 1488 à 1510. Mais les mentions peuvent aussi être parfois lacunaires, se limitant simplement à l'indication du montant des frais ; les comptes des années 1524-1528, en particulier, ne relèvent presque jamais les

⁴⁵ Matthieu DE LA CORBIÈRE, *La forteresse et le bourg de Château-Gaillard (Haute-Savoie) au Moyen Âge, Etude historique*, op. cit., p. 11.

⁴⁶ Voir ci-dessus note 38.

⁴⁷ Bertet Rosset, condamné en 1372 à avoir l'oreille tranchée, à la fustigation et au bannissement (Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, op. cit., acte 96, pp. 176-178). Agnès de Mauchamp, condamnée en 1373 à la fustigation et au bannissement (Edouard MALLET, *Documents inédits relatifs à l'histoire de Genève de 1312 à 1378*, op. cit., acte 192, pp. 341-344).

⁴⁸ Les comptes de Gaillard n'apportent donc aucune information sur l'exposition sur le pilori du pont d'Arve des membres de Jean Blanchet et André Navis décapités en septembre 1518 à Pignerol, ni sur l'exécution de Philibert Berthelier en août 1519 devant le château de l'Île puis sur la pendaison de son corps à Champel.

noms des suppliciés. Enfin, les enregistrements peuvent parfois regrouper des dépenses relatives à plusieurs condamnés.

Les comptabilités établies sous les comtes de Genève comme sous les ducs de Savoie souffrent d'un manque de rigueur dans la désignation des autorités judiciaires qui avaient prononcé les peines et dans la spécification de la nature des crimes. Sur un total de dix-neuf exécutions ordonnées de 1361 à 1393, seules trois sentences sont explicitement imputées aux juges du comte de Genève et trois autres au tribunal des citoyens de Genève. De même, vingt des quatre-cent cinquante-huit jugements appliqués de 1418 à 1528 peuvent être attribués aux cours de justice de Savoie (fig. 3) et soixante-neuf à celle des citoyens de Genève. La variabilité de cette information peut cependant être corrigée grâce aux détails fournis sur le déroulement de la procédure judiciaire (prise de corps à Genève), sur le type de peine appliquée et sur les lieux des supplices (fustigation dans les rues de Genève ; bannissement de la cité ; mutilation, pendaison ou crémation à Champel). Ainsi, on peut estimer que les citoyens ordonnèrent au moins 90% des exécutions consignées de 1361 à 1528 dans les comptes de la châtellenie de Gaillard⁴⁹.

Justice	Suppliciés	Pendaisons	Décapitations	Crémations	Noyades	Mutilations	Fustigations	Bannissements
Genève	3	2	0	0	0	0	1	0
Savoie	20	4	5	5	0	0	6	2
TOTAL	23	6	5	5	0	0	7	2

Fig. 3. Exécutions prononcées par les officiers de justice du comte de Genève (1361-1393) et du duc de Savoie (1418-1528) d'après les comptes de la châtellenie de Gaillard.

⁴⁹ Au XV^e siècle, le duc de Savoie obtint régulièrement de l'évêque le droit de rendre ponctuellement justice dans la cité de Genève au titre du duché ; ce privilège explique peut-être une partie des condamnations prononcées par les cours de justice savoyardes et enregistrées dans les comptes de Gaillard. Les exécutions capitales dans les châtellenies rurales des Alpes «savoyardes» étaient assez rares aux XIII^e-XIV^e siècles; elles devinrent fréquentes à partir de la fin du XV^e siècle (voir par exemple Jean-Marie LAVOREL, «Cluses et le Faucigny, Etude historique, Première partie», *MDAS*, XI, 1888, pp. 94-95).

L'absence d'information sur les délits constitue également une lacune importante et récurrente. En effet, les clercs des cours comtale et ducal se contentent habituellement d'indiquer que le supplicié a été condamné en raison de ses méfaits («*pro suis demeritis*»). Les forfaits apparaissent par conséquent de manière exceptionnelle et ne concernent que quinze hérétiques, deux fondeurs et deux détenteurs de fausse-monnaie, deux auteurs de crimes odieux («*pro ejus nephando crimine*»)⁵⁰ et quatre voleurs. Or, la nature des peines – la crémation, la décapitation, la noyade et la pendaison – permet de penser que ces mêmes motifs avaient probablement justifié la mort de deux cent quarante-six autres personnes en ajoutant les meurtriers⁵¹. On reviendra sur ce point.

En tout état de cause, ces lacunes reflètent davantage un souci de simplification administrative des comptabilités qu'un manque d'information, ou de curiosité. Une note marginale indique en effet que la Chambre des comptes exigea en 1478 des justificatifs concernant les modes d'exécution, les sentences judiciaires et les dates des supplices de huit délinquants⁵². De fréquentes adjonctions, des récapitulatifs et l'insertion de quittances originales (fig. 4) témoignent également d'un consciencieux processus de vérification des dépenses comme d'un scrupuleux respect de la procédure judiciaire.

Si, comme on vient de le constater, les comptes de la châtellenie de Gaillard présentent des déficiences de différentes natures et exigent par conséquent une interprétation prudente, ils constituent néanmoins une précieuse source d'information pour la connaissance du dernier maillon de la chaîne pénale genevoise et pour établir les origines géographiques et le statut social des victimes.

⁵⁰ Jean Usard en 1499 (ADS, SA 15533) et Pierre Brassadon en 1500 (ADS, SA 15535). Ce qualificatif est parfois appliqué à la sodomie mais pas systématiquement (Claude GAUVARD, " *De Grace especial* " : *crime, état et société en France à la fin du Moyen Age*, II, Paris, 1991, note 87, pp. 210-211).

⁵¹ Il est inutile de préciser que le chiffre de cinq cents hérétiques exécutés à Genève en l'espace de trois mois en 1515, donné par le Jésuite Martin Del Rio vers 1600, est fantaisiste (M. DEL RIO, *Disquisitionum magicarum libri sex*, Venise, 1652, Proloquium) ; cette assertion fut fréquemment reprise par l'historiographie au XIX^e siècle.

⁵² «*Nichil allocatur donec apportaverit actestationem si pre nominatorum malefactorum fuerunt executi, qua executione fuerunt quilibet ipsorum exequi et de die qua fuerunt executi*» (ADS, SA 15511).

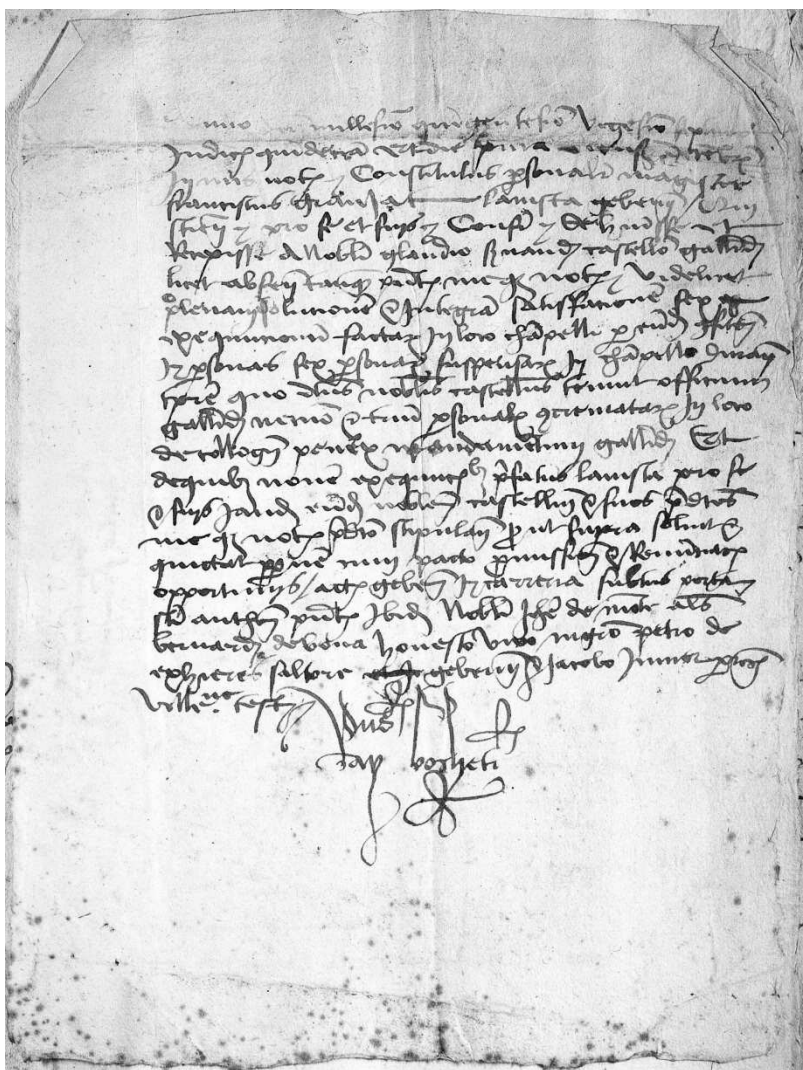


Fig. 4. Quittance passée à Genève le 1^{er} décembre 1527 en faveur du bourreau François Granjat pour l'application de six pendaisons à Champel et trois crémations à Cologny (ADS, SA 15542).

La procédure de prise de corps

A Genève, la procédure de remise des condamnés entre les mains du châtelain de Gaillard est attestée à partir des années 1370⁵³. Dès le jugement rendu et la peine prononcée, les syndics et le vidomne épiscopal ou ses officiers conduisaient le condamné jusqu'à l'entrée de la haute-ville et du château dit de Genève («*in plathea subtus castrum domini comitis Gebenn. in Burgo Gebenn.*» ; «*in porta castri veteris Gebenn.*»)⁵⁴, au débouché de l'actuelle rue de l'Hôtel-de-Ville. Là, le châtelain de Gaillard ou son lieutenant, assisté par un clerc et un officier subalterne («métral»), se saisissait du coupable et le confiait aussitôt à son bourreau pour procéder à l'exécution⁵⁵. La prise de corps faisait en outre l'objet d'un procès-verbal dressé par un notaire.

Ainsi que devait l'exiger la coutume, le cortège venu de Gaillard comprenait en outre dès le XIV^e siècle des prud'hommes et une délégation d'habitants de ce lieu, soit trois à huit témoins de 1488 à 1504, puis de six à dix-huit de 1504 à 1510. Le châtelain de Gaillard n'assurait aucune assistance spirituelle aux condamnés mais il requit exceptionnellement, lors de la décapitation de Gérard Pelard en août 1488, la présence d'un Dominicain, d'un Franciscain et d'un «sergent général» («*serviens generalis*») de Genève⁵⁶.

Cette procédure n'était évidemment pas sans poser des problèmes d'organisation. Le châtelain de Gaillard et ses hommes étaient en effet contraints d'attendre sur place le verdict du tribunal parfois plusieurs jours durant, jusqu'à sept jours en 1450 et huit en 1467, trois en 1390 et 1456⁵⁷. Ils durent effectuer cinq allers-retours vers 1385-1386 avant de se saisir d'un détenu; de même, les syndics ne furent pas en mesure de livrer le condamné à la date convenue en 1392 et demandèrent à l'officier comtal de revenir trois jours plus tard⁵⁸. De même, le pourvoi en appel de François Clerc prolongea

⁵³ Voir ci-dessus note 47.

⁵⁴ *Ibid.* ADS, SA 15467, 1434 ; ADS, SA 15473, 1440 ; ADS, SA 15490, 1456 ; ADS, SA 15496, 1461 ; ADS, SA 15498, 1462 ; etc.

⁵⁵ Une quinzaine d'années après la résiliation des prérogatives du châtelain de Gaillard à Genève, François Bonivard se souvenait encore de cette procédure qu'il décrit précisément (François BONIVARD, *Chroniques de Genève*, I, éd. Micheline TRIPET, Genève, 2001, p. 53) ; ce témoignage a été souvent repris par l'historiographie.

⁵⁶ ADS, SA 15523.

⁵⁷ ADS, SA 15483 ; ADS, SA 15503 ; ADHS, SA 17747 ; ADS, SA 15490. De même, le bourreau attendit pendant sept jours une sentence de fustigation prononcée à Gaillard en 1492 (ADS, SA 15526).

⁵⁸ «*Libravit ad expensas dicti sui locutenentis et ejus familiarie factas Gebenn. quinque vicibus quibus ibidem fuerunt ad recipiendum quondam Guillermum latronem et quinta vice fuit eis remissus ad faciendum executionem corporalem et qui fuit sumersus in Arva*» (ADHS, SA 17744). «*Pro recipiendo Vuillermum Alamandi ibidem detentum et suis demeritis ad fustigandum condempnatum per gentes dicte ville que dicta die dictum malefactorem remictere debebant et non fecerunt sed ipsum*

le séjour du bourreau pendant cinq jours en 1429 et le recours de Janin Le Fèvre, en 1466, annula la procédure malgré la venue de l'exécuteur depuis Lausanne, l'inculpé obtenant en effet son transfert devant la cour de l'évêque⁵⁹. Outre le coût du repas («*prandium*») de son escorte à Genève, le châtelain de Gaillard prenait à sa charge ces frais d'hôtellerie imprévus.

Se déroulant en public, les exécutions attiraient les foules voire des rassemblements houleux, ce qui contraignait l'officier de Gaillard à renforcer parfois sa troupe. Craignant quelque menace («*propter periculum*»), il demanda l'assistance d'hommes et de valets de la cité lors de la décapitation de Jean-François Peçon, de Versoix, en juin 1475⁶⁰. Les tensions paraissent avoir été particulièrement vives au tournant des XV^e-XVI^e siècles. Le vidomne épiscopal et quatre à huit de ses gens durent venir prêter main forte au châtelain de Gaillard en avril 1498 (décapitation de l'Alémanique «Mantillyt de Churit») et en juillet 1504 (pendaisons de Christophe Le Roy, Jeannot de Ricalliet, Pierre Léger et Jean Joly ; fustigations de Léonard Lenny et Robert Bertrand). L'officier comtal était pourtant accompagné par cinquante-cinq habitants de Gaillard lors des exécutions de Lenny et Bertrand⁶¹. Les décapitations de Thomas Cathani, de Turin, et de Pierre Reynaz dit Alacquex, en janvier et avril 1502, suscitèrent également les inquiétudes de l'officier de Gaillard qui requit la protection respectivement de vingt-quatre et de quarante hommes. Il veilla par ailleurs à opérer exceptionnellement ces deux exécutions dans des lieux inhabituels de la banlieue de Genève («*prope civitatem Gebenn.*» ; «*in Aqua Viva*»). Ces craintes découlaient apparemment de graves vices de forme, les sentences ayant été prononcées par le prévôt des maréchaux du duc de Savoie dans la cité de Genève, ce dont s'inquiéta d'ailleurs la Chambre des comptes de Savoie⁶².

En juillet 1504, la pendaison de deux Bourguignons donna lieu à une révolte populaire, rapportée par le chroniqueur François Bonivard et

locumtenentem assignaverunt ad diem sabati immediate sequentem» (ADHS, SA 17748).

⁵⁹ ADS, SA 15462 (voir aussi *Registres du Conseil*, op. cit., I, 1900, pp. 123-124) ; ADS, SA 15501.

⁶⁰ ADS, SA 15509. Les syndics et le Conseil avaient refusé en mars 1462 de prêter main forte au châtelain pour procéder à l'exécution d'Aymonet Joly : «*Concluditur quod dicatur castellano quod civitas non est in usu nec consuetudine quod officarii civitatis ministrentur castellano Galliardi pro exequcionibus fiendis*» (*Registres du Conseil*, op. cit., II, 1906, p. 93 ; pour sa pendaison, voir ADS, SA 15497).

⁶¹ ADS, SA 15533 ; ADS, SA 15537.

⁶² ADS, SA 15536 ; «*Quia hujusmoda execussio facta fuit per officarios domini virtute sentencie late per prepositum marescallorum domini in civitate Gebenn. quod concernit nullam auctoritatem jurisdictionis ducalis*» (ADS, SA 15537, note marginale).

corroborée par les comptes de la châtelainie de Gaillard. Ceux-ci indiquent que l'officier ducal réclama le renfort de quatre hommes car des Genevois vinrent couper les cordes des deux suppliciés non nommés⁶³. Quarante ans plus tard, Bonivard soupçonna que les liens avaient été préalablement élimés par un complice, ce qui permit aux condamnés de crier au miracle lorsque ceux-ci se rompirent sous leur poids et de réclamer l'intercession de la Vierge et de la population. Leur stratagème ayant réussi, la foule les emmena au couvent de Notre-Dame-des-Grâces où ils revêtirent l'habit monastique et où on célébra l'événement par une peinture murale. Du reste, les autorités genevoises avaient effectivement accusé un certain frère Aymon Potier d'avoir fomenté cette double évasion⁶⁴.

La mort des inculpés au cours de l'instruction ne semblait pas éteindre la procédure. On relève ainsi les mentions de quatre cadavres jugés et remis aux mains du bourreau : le Juif Mosserin d'Aubone en 1429, l'hérétique Jean Bataillard en 1434, le criminel Jean Usard en 1499 et un certain *Pone* vers 1528 ; Usard s'était suicidé dans la prison de l'Île et *Pone* était mort dans sa geôle⁶⁵. Si les quatre corps furent conduits au gibet de Champel – le premier et le troisième pendus, le second brûlé, le quatrième enterré – le bourreau protesta en 1434 contre la minoration de ses émoluments en ce cas, car, assura-t-il, il n'avait pas le droit de porter de cadavres jusqu'au gibet⁶⁶. L'exécution du Juif Mosserin d'Aubonne fut par ailleurs l'objet d'un procès intenté par le procureur du Genevois car celui-ci accusa le bourreau d'avoir en fait tué le condamné à coup de bâtons alors que la sentence des syndics de Genève lui réservait la pendaison par les pieds. L'exécuteur dut payer une amende de composition en 1430, bien que les comptes de Gaillard certifient que Mosserin avait été livré mort⁶⁷.

⁶³ «Pro eo quia illi de Gebennis eidem castellano removerunt alios duos malefactores qui a furchis dum lanista predictus ipsos suspenderet ceciderunt de furchis de Champello» (ADS, SA 15537).

⁶⁴ François BONIVARD, *Chroniques de Genève*, I, éd. Micheline TRIPET, Genève, 2001, pp. 254-255. Waldemar DEONNA, «De quelques peintures à Genève avant la Réforme», *Genava*, XXIV, 1946, pp. 93-101. *Registres du Conseil*, op. cit., VI, 1916, p. 203.

⁶⁵ ADS, SA 15462 ; ADS, SA 15467 ; ADS, SA 15533 ; ADS, SA 15553 (voir ci-dessous note 124). Voir également *Registres du Conseil*, op. cit., I, 1900, p. 120.

⁶⁶ «Item pro salario laniste pro ducendo, cargando et comburendo ipsum hereticum qui minori pretio facere noluit attendo quod ipse Johannes Batallardi in remissione facta de ipso in porta castri pro exequutione predicta fienda ipsum remictendo cecidit mortuus quo mortuus ipse lanista noluit dictam exequutionem pro minori pretio facere asserens ipsum non debere mortuum portare seu charreare ad furchas predictas de Champel» (ADS, SA 15467).

⁶⁷ Max BRUCHET, *Le château de Ripaille*, Paris, 1907, p. 383 (ici nommé «Mosse de Narbone»). «Quod dictum Mosserinum judeum in furchis morti tradiderat» (ADS, SA 15462). Contrairement à ce qu'on a pu penser, l'accusation fut bien portée contre le bourreau («magister lanista») du châtelain de Gaillard et non contre un «maître

Enfin, bien qu'il ne l'exerçait que très rarement, le maître du bourreau de Genève disposait d'un droit de grâce et de commutation des sentences capitales. Le premier cas connu est celui d'un homme qui échappa à la pendaison vers 1345 mais pas à la fustigation que le comte de Genève lui accorda⁶⁸. En 1500, après avoir été condamné par les syndics de Genève, maître Claude «Luz Paumier» fut conduit par le bourreau jusqu'au gibet de Champel où il devait être pendu. Or, sa cause étant plaidée au même moment devant la cour ducale, le châtelain de Gaillard accepta de surseoir pendant six à sept heures et d'attendre la réponse du duc dans la chapelle Saint-Paul de Champel. L'heureuse nouvelle sauva *in extremis* la vie du coupable⁶⁹. En 1436, Jean Clément n'avait pas eu cette chance, sa pendaison ayant été simplement commuée par le duc en noyade dans l'Arve⁷⁰. En vertu de son droit de grâce, le duc de Savoie pouvait également autoriser l'ensevelissement chrétien des suppliciés, tels Thomas Cathani enterré en 1502 dans l'église de Notre-Dame-des-Grâces et Pierre Reynaz dit Alacquex inhumé la même année dans le couvent des Franciscains de Rive. Mais, comme on l'a vu, tous deux avaient été condamnés par le prévôt des maréchaux du duc suivant une procédure inhabituelle⁷¹.

Le bourreau

Lorsqu'il s'arrogeait le droit d'appliquer les peines corporelles, dans la première moitié du XIV^e siècle, le comte de Savoie ne semblait pas disposer

lainier» (Franco MORENZONI, *Le prédicateur et l'inquisiteur, Les tribulations de Baptiste de Mantoue à Genève en 1430, Collection d'histoire et d'archéologie médiévales*, 19, Lyon, 2006, p. 29).

⁶⁸ «Fuit fustigatus per gratiam sibi factam per dominum comitem Gebenn.» (AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 2, tit. 1) ; curieusement, le comte de Genève était intervenu alors que le vidomme épiscopal procédait encore aux exécutions. Bien qu'il n'appliquait plus les peines capitales, le comte de Savoie aurait accordé sa grâce à trois criminels en 1391 et à un faussaire en 1402 (AEG, Manuscrit historique 31, vol. IV, f^o 252 ; *ibid.*, vol. V, f^o 31).

⁶⁹ «Qui malefactor fuit in furchis stapiatus deinde obtenta gratia a domino nostri duce liberationis prout apparet per suas patentas litteras (...) Inklusis expensis factis per associates castellanum qui super loco Champello in cappella ipsius loci manserunt dum fuerunt decreta littere a domino obtente et qui ibidem manserunt per sex aut septem horas. [Note marginale :] Nulla facta fuit executio idem dominus sibi indulxit ideo nichil intratur» (ADS, SA 15535).

⁷⁰ «Non suspenso sed vigore cujusdam dominicalis mandati a prelibato domino nostro principe emanati remisso de dicto loco de Champel per dictum vicecastellanum Galliardi dicto laniste pro ipso submergendo in aqua Areris et qui fuit submersus in dicta aqua» (ADS, SA 15469).

⁷¹ «Deinde ejus cadaver prius facta sibi gratia in ecclesia Beate Marie de Gratia <fuit> sepultum» (ADS, SA 15536) ; «deinde ejus cadaver traditum fuit fratribus religiosus conventus Rippe Gebenn. pro sepelliendo» (ADS, SA 15537).

d'un bourreau permanent à Genève. Son vidomne fit appel à des hommes venus du Faucigny vers 1335-1336 et de la terre de Langin vers 1339-1340⁷². Ceux-ci étaient alors payés à la tâche. En revanche, quand le comte de Genève recouvra ses droits, la fréquence des condamnations prononcées par les autorités genevoises imposa la résidence permanente d'un bourreau à Gaillard. Dans la seconde moitié du XIV^e siècle, tout en étendant ses fonctions à l'ensemble de son Etat, le comte de Genève lui accordait un salaire annuel de 60 sous, ainsi qu'une gratification pour la confection d'une veste («*malacota*» ; «*vesta*») et pour l'achat d'une paire de chaussures («*caligae*») et de souliers («*sotular*»). L'exécuteur percevait en outre un émolument de 5 sous et une paire de gants («*in emptione manutenarum seu gantorum*») pour chaque exécution⁷³.

Aussitôt après avoir pris possession de Gaillard, le duc de Savoie institua le 28 juillet 1418 un exécuteur obligé de résider en permanence dans cette châtelainie et dont les prérogatives se limitaient strictement aux personnes condamnées dans la cité de Genève et le mandement de Gaillard. Celui-ci fut gratifié d'un salaire annuel de 10 florins de petit poids, auquel s'ajoutaient des émoluments de 5 sous et une paire de gants pour chaque exécution, ainsi que l'avait concédé, précise l'acte du duc, le chevalier Girard de Ternier⁷⁴. A la demande du bourreau, son salaire fut augmenté en novembre 1423 de 2 florins et sa rémunération pour chaque prestation portée à 1 florin⁷⁵. Or, la révocation du titulaire, au cours de l'été 1443, contraignit le châtelain de Gaillard à faire appel à l'exécuteur de Chambéry⁷⁶ puis à celui de Lausanne⁷⁷. Le recours à un bourreau non résident entraînant d'importants frais de voyage et d'hôtellerie, on se résolut le 6 octobre 1454 à nommer à nouveau un exécuteur permanent suivant les conditions définies en 1423⁷⁸. Mais son licenciement au printemps 1456 réintroduisit l'intervention d'exécuteurs habitant à Chambéry, à Lausanne et à Morges. Si certains acceptèrent finalement de venir résider à Genève, leur salaire fut dès lors systématiquement limité à un simple paiement à la tâche, à raison de 5 florins par exécution outre les frais habituels.

⁷² AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 12 ; *ibid.*, tit. 15.

⁷³ ADHS, SA 17727 à SA 17749.

⁷⁴ ADS, SA 15451 ; la première exécution procédée par les autorités savoyardes se déroula le 16 juillet 1418, suivant une sentence prononcée par les syndics de Genève.

⁷⁵ ADS, SA 15456.

⁷⁶ On avait déjà fait appel en 1441 à Jean Rosset, bourreau de Chambéry, à l'occasion de deux supplices dont celui de l'exécuteur de Genève (ADS, SA 15474).

⁷⁷ Un Genevois s'était proposé en 1448 mais il n'œuvra qu'une seule fois et son mandat ne fut pas prolongé (ADS, SA 15481).

⁷⁸ ADS, SA 15488.

Les comptes de Gaillard fournissent peu d'informations sur les bourreaux et leurs aides. On sait au mieux que deux des vingt-trois hommes qui sévirent à Genève de 1366 à 1528 (fig. 5) étaient étrangers aux Etats de Savoie : Jean Rosset, originaire de Paris et Pierre Guioct de Bourgogne. Le second est par ailleurs qualifié de «familier» du premier à Chambéry, lorsqu'il arrive à Genève en 1456⁷⁹. La plupart accomplissait des carrières assez longues : douze ans pour Jean Blanc (1381-1393), douze ans pour Raoul Pessey (1473-1485), quatorze-ans pour Jean de Saint-Quentin (1366-1380) et Sébastien Blanchet (1491-1505), vingt-trois ans pour Antoine Biondan (1486-1509)⁸⁰, vingt-quatre ans pour Jean Rosset (1432-1456)⁸¹, vingt-cinq ans pour Nicolet Pontet (1418-1443), voire trente-cinq ans pour Pierre Guioct (1456-1491) ! Recruté de 1510 à 1528 par le châtelain savoyard de Gaillard, François Granjat poursuit sa carrière au service de la cité de Genève jusqu'à sa mort en 1542, malgré les événements de la Réforme, et transmet même sa charge à son fils Jean (dit Blanc)⁸².

Cependant, en proie à la vindicte populaire et œuvrant sous l'étroite surveillance des autorités, ces hommes étaient semble-t-il souvent eux-mêmes l'objet de poursuites judiciaires. Outre le cas de Nicolet Pontet accusé en 1429-1430 de la mort prématurée du Juif Mosserin d'Aubonne, que l'on a vu, les comptes de Gaillard attestent de la fustigation du même Pontet en 1441 et d'Etienne *Fabri*, frappé de la même peine en 1456, tous deux condamnés par les syndics de Genève, peut-être en raison d'exécutions mal appliquées⁸³. L'opprobre pouvait en outre toucher l'intimité de ces hommes et affecter leurs familles : on tenta d'incendier la maison du bourreau vers 1386-1387⁸⁴ ; on obligea Sébastien Blanchet à punir lui-même sa femme de la fustigation en juillet 1501⁸⁵. Le cas d'Antoine Biondan témoigne enfin de la détresse de ces parias de la société : nommé bourreau de Chambéry en 1486, il fut finalement révoqué en avril 1509 en raison de son alcoolisme chronique («*non morbo, non senio, sed sola et frequenti ingurgitatione vini potuque nimio inhabilis*

⁷⁹ ADS, SA 15490.

⁸⁰ Nommé bourreau de Chambéry en 1486 (Timoléon CHAPPERON, *Chambéry à la fin du XIV^e siècle*, Paris, 1863, p. 203), il œuvra à Genève en 1491 et 1509 (ADS, SA 15525 et 15526 ; ADS, SA 15540).

⁸¹ Nommé bourreau de Chambéry en 1432 (Timoléon CHAPPERON, *Chambéry à la fin du XIV^e siècle*, op. cit., p. 203), il œuvra à Genève à partir de 1441 (ADS, SA 15474).

⁸² AEG, RC 35, f^o 520 ; AEG, Finances M 7, f^o 57v^o, n^o 490 (informations aimablement communiquées par l'équipe éditoriale des *Registres du Conseil de Genève à l'époque de Calvin*).

⁸³ ADS, SA 15474 ; ADS, SA 15490.

⁸⁴ ADHS, SA 17745, verso ; ADHS, SA 17746, f^o 5.

⁸⁵ ADS, SA 15535.

effectus) ; il opéra néanmoins une dernière exécution à Genève au mois de juin⁸⁶.

Bourreau	Lieu de résidence	Années d'exercice
Jean de Saint-Quentin	Gaillard	1366-1380
Jean Blanc	Chêne (châtellenie de Gaillard)	1381-1393
Nicolet Pontet (ou Dupont, Dupontet)	Gaillard	1418-1443
Jean Rosset, de Paris	Chambéry	1441-1454
«Exchiver»	Genève	1448
Claude <i>de Fontana</i>	Lausanne	1454
Etienne <i>Fabri</i>	Gaillard	1454-1456
Jean Rosset, de Paris	Chambéry	1456
Pierre Guioct, de Bourgogne (familier de Jean Rosset en 1456)	Chambéry (1456) Genève Chambéry (1465)	1456-1465
Mermet Vouchy (ou Vuychy, Vuchy)	Lausanne	1465-1472
Pierre <i>Pititi</i>	?	1466
Pierre Guioct, de Bourgogne	Chambéry	1472
Raoul Pessey (ou Pessex)	Genève	1473-1478
Pierre Boudet	Morges	1475

⁸⁶ Voir ci-dessus note 80.

Bourreau	Lieu de résidence	Années d'exercice
Guillaume Vuichaud (ou Vuchi, Vuychaud , Vuysaud)	?	1478-1480
Raoul Pessey (ou Pesept, Pesey, Pessex, Pesses, Passex, Passey)	?	1480-1485
Michel Quoquet	?	1483
Henri Regimier	?	1485
Pierre Guioct	?	1485-1491
Antoine Biondan	Chambéry	1491
Sébastien Blanchet (ou Blanchod, Blanchier)	Genève	1491-1505
Pierre Rossey	Lausanne (Gimel)	1499
Etienne Langin	?	1502
Simon Crideaulx	?	1506-1507
Pierre Marin	Lausanne	1507-1510
Georges Finet	Chambéry (Rossillon)	1508-1510
Antoine Biondan	?	1509
François Granjat (ou Grinjat, Grangiat)	Genève	1510-1528

Fig. 5. Bourreaux officiant à Genève (rémunérés par les châtelains de Gaillard).

Les exécutions et les lieux des supplices

Outre le salaire du bourreau, le châtelain de Gaillard assumait la totalité des coûts de chaque exécution. Les sentences étaient appliquées en divers lieux en fonction des peines corporelles. Celles-ci étaient de sept ordres : le bannissement, la fustigation, la mutilation, la submersion, la crémation, la décapitation et la pendaison. On ne relève qu'un cas de flétrissure relatif à une femme marquée au fer («*signata*») vers 1311-1312⁸⁷. Comme on l'a vu, les comptes de la châtelainie de Gaillard indiquent très rarement la nature des forfaits qui justifiaient ces peines, mais on sait que la crémation, attestée dans notre documentation à partir du 19 mai 1430, était réservée aux hérétiques⁸⁸. La noyade, mentionnée à Genève dès les années 1310⁸⁹, semblait appliquée aux crimes contre nature («*enormia et nephandissima crimina*»)⁹⁰. La pendaison devait frapper les voleurs et les meurtriers⁹¹, ces derniers pouvant aussi être simplement soumis à la fustigation puis à la mutilation⁹². Enfin, si les faux-monnayeurs subissaient la décollation, leur production était en revanche brûlée publiquement à Champel, au moyen de charbon et à l'aide d'un soufflet («*sofletum*»), ainsi qu'en témoignent deux mentions en 1431 et 1451⁹³.

Les autorités recouraient massivement à la peine capitale qui représente 56,8% des 477 exécutions répertoriées par le châtelain de Gaillard de 1361 à 1528 (fig. 6). La seconde mesure principalement appliquée était la fustigation qui atteint 40,5% de l'ensemble. La condamnation à la pendaison constituait la peine capitale la plus fréquemment ordonnée (48,7%, 132 morts sur 271). Suivaient la crémation (28%, 76 cas) et la décapitation (21,4%, 58 cas) ; la submersion n'intervint que pour 1,8% (5 cas) des morts relevées. Comme on

⁸⁷ AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 6.

⁸⁸ Exécution de Guillaume *Grandis* (ADS, SA 15463), puis de l'hérétique Aymonet de la Folatière, du Faucigny, le 23 novembre 1431 (ADS, SA 15464). Le premier procès pour hérésie connu à Genève a été intenté en 1401 contre Jeannette, fille de feu Richard Charles (Isabelle JÉGER, «Répression de la sorcellerie dans la région genevoise avant la Réforme», *Revue suisse d'histoire*, 52, 2002, p. 128). Voir ci-dessous note 142.

⁸⁹ Exécution d'une femme non nommée par le châtelain de l'Île (AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 6, 1311-1312).

⁹⁰ Voir ci-dessus note 50 et ci-dessous note 118.

⁹¹ Janin Le Fevre condamné pour vol mais non exécuté et remis à la justice épiscopale (ADS, SA 15501). ADS, SA 15539, note marginale concernant trois voleurs pendus. Pendaison d'un voleur en Faucigny vers 1366-1367 (Jean-Marie LAVOREL, «Cluses et le Faucigny», *op. cit.*, note 2, p. 63).

⁹² Guillaume du Four *alias* Mandro, coupable d'avoir assassiné un archer en novembre 1464 dans la rue de Beauregard (AEG, Finances M 7, f° 9v°/464vo et 10/465), fut fustigé dans les rues de Genève puis eut la main droite coupée (ADS, SA 15500).

⁹³ ADS, SA 15464. ADS, SA 15485.

le constatera, le bannissement (6,9% du total) ou l'ablation d'une oreille ou d'une main (6,3%) suivaient parfois la fustigation.

Dès le XIV^e siècle, le nombre de peines corporelles appliquées à Genève semble relativement élevé : 49 de 1311 à 1349 (dont 31 à mort), 19 de 1361 à 1393 (dont 8 peines capitales)⁹⁴. Chiffres qu'il faut sans doute majorer, les comptabilités des châtelains de l'Île et de Gaillard étant lacunaires, comme on l'a vu, à cause des dissensions politiques dans la première moitié du XIV^e siècle, puis en raison de la déficience des sources dans la seconde moitié de ce siècle. Or, la répression connut une impressionnante intensification au cours de la première moitié du XV^e siècle : 94 peines corporelles de 1418 à 1450 (dont 46 capitales), avant d'atteindre son paroxysme dans la seconde moitié du siècle : 280 exécutions de 1451 à 1501 (dont 164 capitales), et au début du XVI^e siècle : 71 de 1502 à 1517 (dont 40 capitales), 13 de 1524 à 1528 (toutes à mort).

En fait, le rythme des peines corporelles paraît avoir été constant jusqu'à la fin des années 1420, atteignant 1,2 exécution par an. Il connut une hausse brutale dans les années 1430 pour passer à une moyenne de 5,5 dans cette décennie, avant de subir un léger fléchissement au cours des dix années suivantes (2,7). Après une recrudescence dans les années 1450-1460 (environ 5), la moyenne oscilla entre 6 et 7,6 peines corporelles par an entre 1470 et 1500. L'indice semble avoir avoisiné 4 dans les trente premières années du XVI^e siècle.

Cette fièvre répressive est évidemment à mettre en corrélation avec la croissance démographique de la cité de Genève qui passa d'environ 1150 habitants (230 feux) vers 1300 à 3300 (660 feux) en 1377 et 10 250 (2050 feux) en 1464⁹⁵. Suivant ce rythme, le nombre de peines capitales progressa proportionnellement au développement de la ville – qui atteignit 15 960 habitants en 1570 et 16 220 en 1690 – pour ne diminuer finalement qu'à partir de la seconde moitié du XVII^e siècle. Ainsi, Michel Porret et Sonia Vernhes Rappaz ont pu déterminer que les syndics prononcèrent 416 exécutions

⁹⁴ Le nombre important d'exécutions capitales appliquées à Genève au cours du XIV^e siècle paraît contredire les observations réalisées en France (Valérie TOUREILLE, *Crime et châtement au Moyen Age (V^e-XV^e siècle)*, Paris, 2013, p. 250).

⁹⁵ Matthieu DE LA CORBIÈRE (dir.), *Les Monuments d'Art et d'Histoire du canton de Genève*, III/117, *op. cit.*, pp. 30 et 33. Environ 3195 habitants (639 feux) en 1420 (Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHÈM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, *op. cit.*, acte 137, p. 299).

capitales de 1531 à 1630, une 100^e de 1644 à 1699, 76 de 1700 à 1754 (35 réelles) et également 76 de 1755 à 1781 (13 réelles)⁹⁶.

Ces constats confirment enfin l'importance de la justice criminelle par rapport à la justice civile à partir de la fin du Moyen Age, dans le but de conférer à la peine corporelle une «exemplarité dissuasive» et de participer au processus de légitimation des pouvoirs⁹⁷. L'intensité de la répression répondait en effet à des préoccupations politiques : celle d'affirmer les droits de haute justice exercés par la Commune et donc de promouvoir sa puissance, mais également celle d'afficher les prérogatives du vidomne savoyard et du maître de l'exécuteur des hautes œuvres. Pesant vraisemblablement sur les jugements par l'intermédiaire de son officier de justice et s'appuyant sur un bourreau plutôt zélé, le duc de Savoie compensait le coût des exécutions par une avantageuse et régulière démonstration publique d'autorité dans une cité qui ne lui était pourtant pas assujettie.

Quel que soit le type de sentence corporelle appliquée, le condamné remis au bourreau («*lanista et magister exequutor justicie*») était tout d'abord attaché sur un travois en forme d'échelle («*Item pro lugia seu scala supra quam fuit treynatus*») accroché au harnais («*borrellum*») d'un cheval qui était acheté pour l'occasion⁹⁸. Dans le cas d'une fustigation, le supplicié était ensuite traîné à travers les rues de Genève suivant un parcours précisément décrit par un verdict prononcé en 1423 par les citoyens. En partant de la porte dite du Château, on traversait la haute-ville, par les actuelles rues de l'Hôtel-de-Ville, Grand-Rue et de la Cité. Parvenu à l'entrée du pont du Rhône, le convoi parcourait les Rues-Basses puis remontait au quartier du Bourg-de-Four, avant de sortir par la porte de Saint-Léger⁹⁹. Le déplacement comportait des haltes aux carrefours des rues («*fuit fustigatus et verberatus per caraphos dicte civitatis Gebenn.*»)¹⁰⁰, au cours desquelles le bourreau fouettait le coupable à l'aide de verges jusqu'à effusion du sang («*usque ad magnam sanguinis effusionem*»)¹⁰¹. Cette opération durait plusieurs heures, par

⁹⁶ Michel PORRET, *Le crime et ses circonstances*, op. cit., pp. 48, 392-393, tab. 3 a) et b), pp. 476-477. Sonia VERNHES RAPPAZ, «La noyade judiciaire dans la République de Genève (1558-1619)», *Crime, Histoire et Sociétés*, 13/1, 2009, pp. 5-23.

⁹⁷ Valérie TOUREILLE, *Crime et châtement au Moyen Age (V^e-XV^e siècle)*, op. cit., pp. 17, 137-155, 254 et 268-281. L'hypothèse inverse a été récemment émise : Mathieu CAESAR, *Le pouvoir en ville, Gestion urbaine et pratiques politiques à Genève (fin XIII^e-début XVI^e siècles)*, op. cit., pp. 115-116 et 119. Pour l'époque moderne, voir Michel PORRET, *Le crime et ses circonstances*, op. cit., pp. 382-384.

⁹⁸ Voir par exemple : ADS, SA 15486, 1452 ; ADS, SA 15496, 1461 ; ADS, SA 15498, 1462 ; ADS, SA 15514, 1479 ; ADS, SA 15516, 1481. On acheta un «petit cheval» pour traîner un hérétique en 1434 (ADS, SA 15467).

⁹⁹ AEG, Procès Criminels, 1^{ère} série, n° 39.

¹⁰⁰ ADS, SA 15469, 1436.

¹⁰¹ ADS, SA 15537, f° 139v^o, 1504.

exemple de 6 à 9 heures du matin vers 1346 («*steterunt publice in scala ab hora primam duret ad horam novam et banniti perpetuo*»)¹⁰². Enfin, ainsi que le montre le cas de Françoise veuve de François Challier, en juin 1490, ce type de châtement semblait être, en certaines occasions, annoncé par de la musique et accompagné par les démonstrations d'un mime¹⁰³.

Si l'on pouvait limiter une peine corporelle à sa seule application, la fustigation précédait parfois le bannissement¹⁰⁴ ou la mutilation¹⁰⁵. Elle n'intervint qu'une seule fois à l'occasion d'une exécution capitale : elle fut le préalable à la mort du Juif Peyret Samuel, de Nice, condamné en 1444 à être noyé dans le Rhône¹⁰⁶. A l'inverse, le bannissement, perpétuel ou limité dans le temps (trois ans en 1503), semblait quelques fois imposé sans effusion de sang. L'opération était alors conduite au son de la trompette («*cum sono tube*»)¹⁰⁷.

La sentence de mutilation était appliquée auprès des fourches patibulaires de Genève à Champel («*prope furcas*» ; «*subtus furchas*»)¹⁰⁸. Elle consistait habituellement dans l'ablation d'une oreille, gauche¹⁰⁹, plus rarement de la main droite¹¹⁰. Elle pouvait précéder une mesure de bannissement¹¹¹. Suivant cette logique fréquente de cumul des peines, les comptes du châtelain de Gaillard rapportent, entre 1461 et 1510, que six hommes, dont un faux-monnaieur, furent tout d'abord conduits devant leur habitation ou bien sur le

¹⁰² AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 2, tit. 1.

¹⁰³ «*Fuit per dictam villam et civitatem Gebenn. fustigata et cum uno mymo ducta per eandem civitatem (...) Item pro mimo qui ante dictam plessam per dictam civitatem Gebennarum menestrabat quia sit condemnata ut apparet per actestationem*» (ADS, SA 15525, 14 juin 1490).

¹⁰⁴ ADS, SA 15503, 1468. ADS, SA 15506, 1471. ADS, SA 15520, 1485. ADS, SA 15521, 1486. ADS, SA 15525, 1490. ADS, SA 15533, 1499. ADS, SA 15535, 1500. ADS, SA 15537, 1502, 1503, 1504 et 1505. ADS, SA 15539, 1506 et 1507.

¹⁰⁵ ADS, SA 15463, 1430. ADS, SA 15467, 1434. ADS, SA 15490, 1456. ADS, SA 15500, 1464. ADS, SA 15505, 1470. ADS, SA 15506, 1471. ADS, SA 15517, 1482 et 1483. ADS, SA 15519, 1484. ADS, SA 15520, 1485. ADS, SA 15529, 1495. ADS, SA 15537, 1504.

¹⁰⁶ ADS, SA 15476, 1444.

¹⁰⁷ ADS, SA 15537, 1503. Sentence de bannissement perpétuel en 1474 : «*absque alia pugnacione corporali*» (*Registres du Conseil, op. cit.*, II, 1906, p. 284). Deux hommes furent condamnés à la fustigation et à dix ans de bannissement en 1484 (*Registres du Conseil, op. cit.*, III, 1911, p. 305 ; pour leur exécution, voir ADS, SA 15518).

¹⁰⁸ ADS, SA 15464, 1431. ADS, SA 15467, 1434. ADS, SA 15483, 1450. ADS, SA 15528, 1494.

¹⁰⁹ ADS, SA 15464, 1431. ADS, SA 15467, 1434. ADS, SA 15483, 1450. ADS, SA 15517, 1482. ADS, SA 15528, 1494.

¹¹⁰ ADS, SA 15466, 1433. ADS, SA 15500, 1464. On ne relève aucune amputation du pied ou de la langue.

¹¹¹ ADHS, SA 17745, vers 1386-1387.

lieu de leur crime, où on leur coupa la main droite avant de leur faire subir la décollation à Champel¹¹².

La décapitation était appliquée sur une estrade («*pro constructione unius triperii alias chaffaz*» ; «*pro tabulare gallice "chaffoul"*» ; «*Item luz chaffa (...) inclusa parva scala*» ; «*magnum chaffalum*»). Le bourreau employait une doloire («*doleria*» ; «*achia*» ; «*cutellum seu delleoria*» ; «*pro cutello appellato l'ache*» ; «*pro gladio appellato l'achy*»), abattue sur un billot («*plotum*»), avant de suspendre le cadavre au gibet, au moyen d'une chaîne passant sous les aisselles («*per subtus brachia cum una cathena ferri*»), et d'y clouer au sommet la tête et parfois la main du supplicié¹¹³. La décollation se déroulait à proximité du gibet de Champel mais on n'hésitait pas à l'ordonner au cœur de Genève pour des crimes jugés extrêmement graves. Ainsi, le châtelain de Gaillard fit édifier une grande et haute estrade sur la place du Molard («*super uno magno chafalo decapitatus (...) inclusa una magna scala*»), afin d'exécuter maître Pierre Brassadon, de Vénétie, le 4 septembre 1500. Le corps fut ensuite démembré : les viscères déposées dans un sac qu'on suspendit à Champel, la tête exposée sur le pilori du pont d'Arve, le cadavre découpé en quatre morceaux, salés et enfermés dans des caisses qu'on convoya jusqu'à Turin, Nice, Montréal et Miribel en Bresse¹¹⁴.

L'exécution par crémation était systématiquement appliquée auprès des potences de Champel («*juxta furcas*»). Les mains liées par du fil de fer («*Item pro filo de archaux empto pro ligando manus*»), le condamné était attaché avec une chaîne sur un pilier, planté au sol ou fixé sur un chevalet («*super chivalletum*») ou monté sur une estrade («*chaffalum*»), entouré de faisceaux de bois. Le feu était attisé au moyen d'une livre de souffre («*In emptione unius libre de soproz empte ad ponendum in igni*» ; «*Item pro supra ad ponendum inter ligna ut citius arderet*»)¹¹⁵.

¹¹² ADS, SA 15496, 1461. ADS, SA 15498, 1462. ADS, SA 15501, 1466. ADS, SA 15521, 1486. ADS, SA 15533, 1499. ADS, SA 15555, vers 1509-1510.

¹¹³ ADS, SA 15476, 1443. ADS, SA 15477, 1444. ADS, SA 15480, 1447. ADS, SA 15483, 1450. ADS, SA 15485, 1451. ADS, SA 15486, 1452. ADS, SA 15489, 1455. ADS, SA 15496, 1461. ADS, SA 15501, 1465. ADS, SA 15505, 1470. ADS, SA 15509, 1475. ADS, SA 15511, 1477. ADS, SA 15512, 1478. ADS, SA 15513, 1479. ADS, SA 15514, 1479. ADS, SA 15516, 1481. ADS, SA 15519, 1484. ADS, SA 15521, 1486. ADS, SA 15523, 1488. ADS, SA 15526, 1491. ADS, SA 15528, 1494. ADS, SA 15533, 1498. Etc. La tête de Jean Alaz, originaire du diocèse de Liège, fut exceptionnellement exposée en 1433 sur une perche plantée à côté des fourches (ADS, SA 15466).

¹¹⁴ ADS, SA 15535.

¹¹⁵ ADS, SA 15465, 1432. ADS, SA 15468, 1435. ADS, SA 15469, 1436. ADS, SA 15499, 1463. ADS, SA 15520, 1485. ADS, SA 15526, 1491. Etc.

La submersion est assez mal renseignée par les sources. Elle se déroulait dans l'Arve¹¹⁶ ou dans le Rhône¹¹⁷. Sans doute habituellement organisée au bord de ces cours d'eau, cette peine fut exceptionnellement appliquée en 1482 dans le lac depuis une barque, Antoine de Gimel obtenant de l'évêque que son supplice ne fût pas opéré en public¹¹⁸.

Le condamné livré à la pendaison avait les mains liées par des cordelettes, puis était hissé sur une échelle («*pro una scala magna ad faciendum dictam justiciam seu exequutionem*») où le bourreau lui nouait une corde en chanvre autour du cou avant de pousser le corps dans le vide¹¹⁹. Les Juifs étaient en revanche pendus par les pieds¹²⁰. Les fourches de Champel se situaient à l'emplacement de l'actuel n° 6, avenue de Beau-Séjour, en limite de pente au-dessus de l'avenue de la Roseraie¹²¹. Elles étaient formées de trois piliers en chêne ou en sapin reliés par deux traverses¹²² ; d'après la longueur de l'échelle qui était déployée pour les exécutions, la structure en bois atteignait environ 9 mètres de hauteur (28 pieds)¹²³. Les corps n'étaient pas ensevelis mais exposés et abandonnés sur le lieu même de leur supplice¹²⁴.

Le châtelain de Gaillard veillait à l'entretien régulier des potences, voire à leur remplacement, celles-ci appartenant en effet au territoire du mandement de Gaillard et marquant l'une de ses limites ; elles ne dépendaient donc pas de

¹¹⁶ ADH, SA 17744, vers 1385-1386. ADS, SA 15469, 1436.

¹¹⁷ ADS, SA 15476, 1444.

¹¹⁸ «*Item pro pape super qua fuit facta dicta execution*» (ADS, SA 15517, 1482) ; cette exécution eut lieu en présence de six témoins (Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, II, *op. cit.*, acte 302, pp. 65-66) ; voir également *Registres du Conseil*, *op. cit.*, III, 1911, p. 220.

¹¹⁹ ADS, SA 15532, 1498.

¹²⁰ Voir ci-dessus note 67. ADS, SA 15501, 1466.

¹²¹ Emile DOUMERGUE, «L'emplacement du bûcher de Michel Servet», *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, II, 1898-1904, pp. 356-363 et pl. VII et VIII. Louis BLONDEL, *Les Faubourgs de Genève au XV^e siècle*, MDG, série in-4, V, 1919, pp. 71-72. «Champel et l'exécuteur de la Justice», *Almanach du Vieux Genève*, XLII^e année, 1967, pp. 85-86 et voir pp. 90-91.

¹²² ADS, SA 15509, 1474. ADS, SA 15512, 1478. ADS, SA 15517, 1482.

¹²³ ADS, SA 15537, 1502. Le gibet de Champel est cité dès 1301 et 1307 («*crestum de forches*» ; «*platea de Champez*») et fut employé par la cité jusqu'en 1565 (Edouard MALLET, *Chartes inédites relatives à l'histoire de la ville et du diocèse de Genève et antérieures à l'année 1312*, MDG, XIV, 1862, acte 278, p. 294 ; Edouard MALLET, «La plus ancienne chronique de Genève 1303-1335», MDG, IX, 1855, pp. 301-302 ; Louis BLONDEL, *Les Faubourgs de Genève au XV^e siècle*, *op. cit.*, pp. 71-72).

¹²⁴ «*Pro constructione et factura fulcharum per ipsum de novo facturum in loco Champelli eo quia alie furche erant putrefacte et etiam quia jam erant tot cadavera et multum onerat. ipsis cadaveribus*» (ADS, SA 15541, f° 201v°, 1510). On ne relève qu'un seul cas d'ensevelissement : «Pour la despence de Pone le quel morut en la prison (...) Plus menez ledit Pone dessoubz le gibet et là fut enterrez par le commandement de mons. le juge» (ADS, SA 15553, vers 1528).

l'évêque contrairement à de fréquentes affirmations de l'historiographie¹²⁵. Cependant, dans un contexte politique de plus en plus tendu, le duc de Savoie dut réaffirmer en 1527 sa détention du gibet en faisant poser et peindre des bannières métalliques probablement ornées de ses armoiries¹²⁶.

Précisons enfin que le châtelain savoyard de l'Ile avait semble-t-il été empêché d'employer les fourches de Champel dans la première moitié du XIV^e siècle, appliquant en effet illégalement les peines corporelles. Il dut donc en ériger de nouvelles près du pont d'Arve, réparées vers 1325-1327, 1335-1336 et 1339-1340¹²⁷. Elles firent ensuite place à un simple pilori¹²⁸. Le duc de Savoie différençia pour sa part progressivement les lieux d'incarcération et d'exécution dévolus aux citoyens de Genève et aux sujets de Gaillard. Il fit ériger un pilori dans le bourg de Gaillard en janvier 1432, aménagea des prisons dans la forteresse vers 1434-1435, organisa les fustigations dans la ville de Gaillard et sur la route de Moillesulaz à partir de 1491, procéda à des exécutions près du pont d'Arve et sur la route de Lyon en 1502, et dota finalement sa châtellenie de fourches particulières («*in loco vocato de Piraz Posyre*») en mars 1507¹²⁹. De même, le châtelain de Gaillard fut chargé en 1512 d'appliquer une sentence de décapitation, prononcée par le prévôt des maréchaux du duc, à Pinchat, sur la rive gauche de l'Arve, et ordonna trois crémations vers 1527 à Coligny¹³⁰.

¹²⁵ ADHS, SA 17740, 1380-1381. «*Libravit in et pro operibus et factura patibuli seu furcharum novarum et noviter factarum in loco vocato de Champel mandamenti dicte castellanie Castri Galliardi in loco assueto et antiquo in quo furche antique in quibus suspenduntur latrones et malefactores et delinquentes in civitate Gebenn. existentes et in dicta castellania Castri Galliardi*» (ADS, SA 15472, 1440). Une mention introduit toutefois une ambigüité sur l'appartenance des fourches : «*Fuit decapitatus deinde suspensus in furchis Champulli civitatis Gebenn.*» (ADS, SA 15528, 1494).

¹²⁶ «*Deducuntur quos solvit pro factura furcarum factarum de novo in loco Galliardi vocato Champe. (...) Deducuntur magis quos solvit Perreto Banderiis pro picta, pro ferre et tachiis quando banderie fuerunt posite in dictis furchis*» (ADS, SA 15552).

¹²⁷ AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 9 ; *ibid.*, tit. 12 ; *ibid.*, tit. 15.

¹²⁸ La tête d'un condamné y fut exposée en septembre 1500 (ADS, SA 15535).

¹²⁹ ADS, SA 15464, f° 11. ADS, SA 15467. ADS, SA 15526. ADS, SA 15537. ADS, SA 15539.

¹³⁰ ADS, SA 15542. ADS, SA 15544.

Années	Suppliciés	Pendaisons	Décapitations	Crémations	Noyades	Mutilations	Fustigations	Bannissements
1361-1371	1	1	0	0	0	0	0	0
1372-1382	6	4	0	0	0	1	1	0
1383-1393	12	2	0	0	1	5	3	2
1418-1428	12	4	0	0	0	1	7	1
1429-1439	55	19	1	6	1	4	27	0
1440-1450	27	6	4	4	1	1	13	0
1451-1461	50	26	5	0	1	2	17	0
1462-1472	51	18	5	16	0	5	12	2
1473-1483	76	16	8	16	1	3	34	0
1484-1494	70	12	6	15	0	3	36	6
1495-1505	62	12	8	10	0	4	30	18
1506-1517	42	11	14	4	0	1	13	4
1524-1528	13	1	7	5	0	0	0	0
TOTAL	477	132	58	76	5	30	193	33

Fig. 6. Exécutions enregistrées dans les comptes de la châtellenie de Gaillard (1361-1528).

Les suppliciés

Les comptes de la châteltenie de Gaillard établis de 1361 à 1528 fournissent l'origine géographique de 259 personnes livrées au bourreau¹³¹. Bien que vingt toponymes (7,7%) ne soient malheureusement pas localisables¹³², on parvient néanmoins à dégager une vision d'ensemble.

Alors que les bourgeois et les habitants de la cité de Genève ne représentent que 7% du total, les condamnés venus des territoires voisins, compris entre Lausanne, Bonneville et Belley, comptent pour 45,2% (fig. 7). Le Faucigny, le comté de Genève¹³³, le Pays de Gex et le Pays de Vaud fournissent en particulier, les trois premiers à part égale, le plus gros contingent (42,5% en tout). Ceux originaires des Etats de Savoie plus lointains (Bresse, Dombes, Savoie, Piémont, Val d'Aoste et Nice) ne forment en revanche que 5,4% du total.

Cité de Genève	18
Vaud	21
Pays de Gex	27
Comté de Genève	33
Faucigny	29
Chablais	3
Bresse/Dombes	6
Bugey	4
Savoie	4
Turin/Val d'Aoste (2) /Nice	4
TOTAL	149

Fig. 7. Origines géographiques des suppliciés (Genève et Etats de Savoie).

¹³¹ Il est à noter qu'on ne relève aucune exécution par effigie ni d'animaux.

¹³² *Aliuee, Anzoz, Banduisert, Bertollens, Burdie, Chaurrreaz, Chenevay, Churit, Esersons, Exclavonay, Exurier, Grecia, Lans supra Marlium, Mouret, Mussyer, Quier, Rochifort, Ruppe Forti, Sanctum Nycolaum de Veiszez, Vachences*. On exclut dans notre calcul les patronymes tirés de micro-toponymes non localisables (*de Cellerio, de Cresto, de Domo, de Mota, de Nanto*, etc.).

¹³³ Seuls six sujets du comté de Genève résident dans la châteltenie de Gaillard.

Les origines géographiques des 34,7% restants témoignent de l'intense rayonnement économique de la cité lémanique (fig. 8). Deux zones géographiques dominent : la Bourgogne (duché et comté) et l'axe rhodanien (Lyon, Auvergne, Dauphiné, Languedoc) dont les ressortissants représentent respectivement 10 et 7% du total.

Les mentions de personnes issues par exemple de «*Troyes in Campagnia*», «*Reynes in Bretagnia*», «*Rochella en Poytous*», «*Tourt in Torenis*», «*Lila in Flandres*», «*Strabort*», «*Bremez in Alamagnia*» ou «*Norembere*» rendent également compte du rang international des foires de Genève dès la seconde moitié du XIV^e siècle¹³⁴. La Champagne, la façade ouest de la France (Bretagne, La Rochelle, Tours) et la Flandre (Anvers, Arras, Liège, Lille) rassemblent chaque fois environ 2% des condamnés. Au nord, 2,3% des suppliciés ont remonté l'axe rhénan (Utrecht, Cologne, Strasbourg, Fribourg-en-Brigau, Bâle). Les pays alémaniques totalisent plus de 6% des condamnés, dont deux originaires de Brême et de Nuremberg. En revanche, la péninsule italienne n'est représentée que par un Florentin et un Vénitien, hormis les sujets du duc de Savoie résidant outre monts qu'on a déjà relevés.

France (Français (2), Banqueville, Limoges, Meaux, Montereau, La Rochelle, Paris, Picardie, Tours (2))	11
Bretagne (Breton, Rennes)	2

Champagne (Bourbonne, Bourg-Sainte-Marie, Joinville, Rhèges, Troyes (2))	6
--	---

Auvergne (Auvergnat, Clermont)	2
Dauphiné (Dauphinois (3), Grenoble, Vienne)	5
Languedoc (Languedociens (2), Avignon, Cavaillon)	4
Lyon	7

¹³⁴ Jean Laurent, originaire de Picardie, habite Saint-Maurice-sur-Bellerive (Collonges-Bellerive) en 1441 (ADS, SA 15474). Janin «de Nyquesez», venu de Montereau, réside à Suse en 1453 (ADS, SA 15486).

Bourgogne (Bourguignons (12), Autun, Chalon-sur-Saône (2), Châteauneuf-en-Auxois, Dijon (2))	18
Franche-Comté (Besançon (5), Saint-Amour, Saulx, Vellefaux)	8
Saint-Empire («Allemagne» (4), Alémaniques (2), Brême, Cologne, Fribourg-en-Brigau, Nuremberg, Strasbourg)	11
Bâle	1
Berne	1
Fribourg	2
La Joux	1
Neuchâtel	1
Soleure	1
Flandre (Anvers, Arras, Liège, Lille (2))	5
Utrecht	2
Florence	1
Venise	1
TOTAL	90

Fig. 8. Origines géographiques des suppliciés (hors Genève et Etats de Savoie).

De 1361 à 1528, la profession des suppliciés n'est mentionnée que pour vingt-huit cas, dont quatre «maîtres» et une veuve de maître sans davantage de précisions. Ajoutons par ailleurs que deux bourreaux figurent au nombre des métiers représentés. Si ce très faible *corpus* n'autorise pas de conclusions

générales¹³⁵, tout au moins peut-on relever le poids des artisans : trois orfèvres¹³⁶, un forgeron et une veuve de forgeron, deux serruriers, trois pelletiers, deux fabricants de jeu («paumiers»)¹³⁷, un apothicaire, une veuve de sellier, un meunier. Un prêtre et un ancien chapelain font exception dans cette liste¹³⁸. Enfin, les deux «familiers» d'un doreur et d'un chirurgien¹³⁹, un valet («*socius*») et un ouvrier («*affanator*») témoignent du menu peuple. Précisons par ailleurs que seuls trois Juifs sont mentionnés¹⁴⁰.

Les femmes ne représentent que 17% du nombre total de suppliciés enregistrés dans les comptes de la châteltenie de Gaillard de 1361 à 1528 (fig. 9). Elles furent en fait peu touchées jusqu'au milieu du XV^e siècle et ne représentaient alors de 4 à 7% des exécutés. Leur nombre augmenta brutalement à partir de 1460 pour passer à 17,6% des condamnés en 1462-1472, 22,4% en 1473-1483 et 30% en 1484-1494. En dépit d'un léger recul de 1495 à 1517 (21,1%), le rapport dépassa le seuil de 30% en l'espace de quatre ans seulement, de 1524 à 1528.

La condamnation croissante des femmes correspond évidemment à l'intensité de la répression engagée contre la sorcellerie à partir du XV^e siècle¹⁴¹. Les deux premiers cas de crémation de femmes datent de l'été 1444 et du printemps 1446¹⁴² ; ils abondent à partir de la fin du printemps 1463. La plupart d'entre elles furent donc condamnées pour cette cause (58%, 47 cas), tandis qu'elle n'engendra la mort que de 29 hommes.

Lorsqu'elles n'étaient pas mises à mort pour hérésie, les femmes étaient surtout frappées par la fustigation (32,5%), suivie du bannissement pour

¹³⁵ Il faut relever que les comptes de la châteltenie de Gaillard ne consignent curieusement aucune exécution de noble (le chancelier Guillaume Bolomier, fondateur de l'hôpital de Saint-Jeoire et propriétaire de maisons à Genève, fut noyé en 1446 dans le lac à Chillon sur ordre du duc de Savoie).

¹³⁶ Henri, de Joinville, en 1425 (ADS, SA 15457) ; Hans en 1477 (ADS, SA 15511) ; Thomas en 1499 (ADS, SA 15533).

¹³⁷ Jean Usard, habitant de Genève, en 1499 (ADS, SA 15533) ; Claude «Luz Paumier» en 1500 (ADS, SA 15535).

¹³⁸ Le prêtre Etienne Martinet (ou Martinod) en 1495 (ADS, SA 15529) ; le chapelain Antoine Durand en 1510 (ADS, SA 15541).

¹³⁹ Familier du doreur Alard de Bomel en 1429 (ADS, SA 15462) ; Michael de Montevio, familier du maître chirurgien Thomas en 1480 (ADS, ADS, SA 15515).

¹⁴⁰ Mosserin, d'Aubonne, en 1429 (ADS, SA 15462) ; Peyret Samuel, de Nice, en 1444 (ADS, SA 15476) ; «Bellemgnie» en 1466 (ADS, SA 15501).

¹⁴¹ Louis BINZ, «Les débuts de la chasse aux sorcières dans le diocèse de Genève», *op. cit.*, pp. 562-563 et 576-577. Sophie SIMON, «Si je le veux, il mourra !», *Maléfices et sorcellerie dans la campagne genevoise (1497-1530)*, *Cahiers lausannois d'histoire médiévale*, 42, 2007, pp. 21-25.

¹⁴² Jordanne dite Bellima, brûlée comme hérétique le 31 août 1444 sur ordre des syndics de Genève (ADS, SA 15477) ; «Engleys», veuve de Jean Gravi, exécutée pour la même raison vers le 19 mars 1446 (ADS, SA 15479).

certaines (11,6%). En revanche, confortant les observations de Peter Schuster pour le Saint-Empire, la pendaison, la décapitation et la noyade ne furent employées contre elles qu'exceptionnellement, pour des motifs qui nous échappent¹⁴³.

Années	Suppliciées	Pendaisons	Décapitations	Crémations	Noyades	Mutilations	Fustigations	Bannissements
1311-1349	5	0	0	0	1	1*	3	1
1361-1371	0	0	0	0	0	0	0	0
1372-1382	0	0	0	0	0	0	0	0
1383-1393	1	0	0	0	0	1	0	0
1418-1428	0	0	0	0	0	0	0	0
1429-1439	3	0	0	0	0	0	3	0
1440-1450	2	0	0	2	0	0	0	0
1451-1461	2	0	0	0	0	0	2	0
1462-1472	9	1	0	8	0	0	0	0
1473-1483	17	0	0	12	0	0	5	0
1484-1494	21	0	1	13	0	0	7	4

¹⁴³ Jacqueline Parrenz pendue vers avril 1472 (ADS, SA 15507) ; Jeannette d'Asserans pendue vers février 1507 (ADS, SA 15539) ; Jeanne, femme du sellier Rolet d'Allondon, décapitée le 5 juillet 1488 après avoir été traînée à travers la cité de Genève (ADS, SA 15523) ; une femme non nommée immergée vers 1311-1312 (AST, Corte, Paesi, Genève, cat. 13, maz. 1, tit. 6). Peter Schuster n'a relevé aucune pendaison et décapitation de femme dans le Saint-Empire jusqu'au XVI^e siècle (P. SCHUSTER, «Le rituel de la peine capitale dans les villes allemandes à la fin du Moyen Âge, Ruptures et continuités», dans Jacques CHIFFOLEAU, Claude GAUVARD et Andrea ZORZI (dir.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Collection de l'École française de Rome, 385, 2007, p. 692).

Années	Suppliciées	Pendaisons	Décapitations	Crémations	Noyades	Mutilations	Fustigations	Bannissements
1495-1505	15	0	0	5	0	0	8	5
1506-1517	7	1	2	4	0	0	0	0
1524-1528	4	0	1	3	0	0	0	0
TOTAL	86	2	4	47	1	2	28	10

Fig. 9. Exécutions de femmes enregistrées dans les comptes des châtelainies de l'Ile à Genève (1311-1349) et de Gaillard (1361-1528). *flétrissure

Les comptes de Gaillard indiquent l'exécution de vingt-sept veuves et vingt-quatre épouses, mais le statut social des femmes n'est malheureusement pas précisé de manière systématique. La condamnation de couples, ou de fratries¹⁴⁴, n'est pas rare et a même touché des familles : Jacquelin Brant et sa femme Marguerite, de Fribourg (1434), le couple Michalet et Guillemette Insollin, de Troyes (1436)¹⁴⁵ ; au printemps 1472, Pierre de Parrenz et sa femme Jacqueline furent pendus, tandis que leurs fils Pierre et Jacques étaient condamnés à la fustigation pour un motif non renseigné¹⁴⁶. Par ailleurs, notre documentation n'indique pas l'âge des suppliciés et on ignore par conséquent si des enfants pouvaient être frappés¹⁴⁷.

Ainsi que le spécifièrent dès le XII^e siècle les traités de Seyssel et de Saint-Simon, l'exécuteur des hautes œuvres ne disposait pas des biens des condamnés («*Si quis vero latro captus fuerit, ipsum et omnia ejus episcopus habere debet*»)¹⁴⁸. Les franchises accordées par l'évêque en 1387 précisèrent que les possessions des criminels ne pouvaient pas être saisies, sauf par

¹⁴⁴ Par exemple Jacquemette et son frère Claude «Luz Paumier» en 1500 (ADS, SA 15535).

¹⁴⁵ ADS, SA 15467, 1434. ADS, SA 15469, 1436.

¹⁴⁶ ADS, SA 15507.

¹⁴⁷ Pierre Croison protesta en juillet 1461 contre l'incarcération de sa femme Rolette («*ipsa fuit capta criminosa et per dominos syndicos tanquam criminosa retenta*») et la mort de leur enfant («*puer suus*») dans la prison de l'Ile (*Registres du Conseil*, op. cit., II, 1906, pp. 48-50).

¹⁴⁸ Emile RIVOIRE et Victor VAN BERCHEM, *Les sources du droit du Canton de Genève*, I, op. cit., actes 3, p. 4 et 8, p. 12.

décision de justice¹⁴⁹. Elles ne revenaient pas au châtelain de Gaillard mais sa comptabilité sous-entend qu'il bénéficiait néanmoins des biens des hérétiques. La Chambre des comptes lui ordonna en effet de consigner ceux provenant d'Hugonette Quarteron, de Bernex, brûlée en 1507¹⁵⁰. Cependant, les recettes de Gaillard ne font état que d'un seul cas, en fait litigieux, l'obtention des biens de l'hérétique Claudia Duret, condamnée à la crémation en 1479, valant au châtelain de réguliers rappels à l'ordre jusqu'en 1531 !¹⁵¹ En fin de compte, l'absence de recettes de cette nature dans les comptabilités de Gaillard permet de supposer que les biens échus étaient affectés à d'autres officiers savoyards.

Conclusion

Le système judiciaire genevois qui était en vigueur à la fin des années 1520 résultait d'un développement complexe dont les fondements avaient été posés au début du XII^e siècle et dont les rouages avaient été forgés entre la fin du XIII^e siècle et la fin du suivant. Tirant profit des conflits opposant les évêques aux comtes de Savoie, les citoyens parvinrent progressivement à s'emparer de l'exercice de la haute justice, droit qui leur fut finalement reconnu par le prélat en 1387. Mais, résultant de deux siècles et demi de luttes et de tractations, l'organisation judiciaire qui fut alors ratifiée par l'évêque reposait sur un imbroglio d'organes entre les mains de quatre instances : le vidomne du comte de Savoie présidait à la police de la ville, à la basse justice et à l'instruction judiciaire, les citoyens jugeaient les causes criminelles, l'évêque recevait les appels et le châtelain du comte de Genève procédait aux exécutions corporelles. Cette organisation subsista jusqu'aux années 1527-1528.

Les 49 peines corporelles consignées par les châtelains de l'Ile de 1311 à 1349 (dont 31 capitales), puis les 477 exécutions enregistrées par les officiers de Gaillard de 1361 à 1528 (dont 271 à mort) témoignent de la brutalité du système répressif progressivement instauré par les syndics de Genève. Même si ces chiffres doivent être pondérés par les sentences prononcées par la justice comtale puis ducale au titre du mandement de Gaillard, on constate que les autorités laïques genevoises eurent systématiquement recours aux plus lourdes condamnations à partir des années 1430, afin de faire face au développement de la criminalité consécutif au triplement du nombre d'habitants de 1380 à 1460 et dans le but de légitimer et d'afficher leur puissance. Même la peine la moins coercitive, le bannissement, pouvait être cumulée avec la fustigation ou l'amputation d'un membre.

¹⁴⁹ Voir ci-dessus note 21.

¹⁵⁰ «*Computet de bonis heretice ante quam intrentur expense hereticorum*» (ADS, ADS, SA 15539, note marginale).

¹⁵¹ ADS, SA 15554, 1531. ADS, SA 15514, 1479.

Cependant, la répression toucha moins les bourgeois et les habitants de Genève que les personnes originaires des campagnes avoisinantes et les étrangers de passage, les uns sans doute trop pauvres pour acquitter une amende, payer leur défense ou négocier des dommages¹⁵², les autres fragilisés par leur isolement.

La dureté du système judiciaire genevois n'était semble-t-il qu'exceptionnellement assouplie. Si les syndics comme l'évêque ne firent guère preuve de mansuétude au pied de l'échafaud – si l'on en croit les comptes de la châtelainie de Gaillard – le comte de Genève puis le duc de Savoie, quant à eux, n'usèrent de leur droit de grâce et de commutation des sentences capitales qu'avec parcimonie. Les comptabilités des officiers de Gaillard ne font finalement apparaître que de furtives lueurs d'humanité : vers 1373-1374, on soigna la plaie d'un suspect blessé lors de sa capture, mais avant que le juge du Genevois n'ordonnât sa pendaison¹⁵³ ; en 1432, on offrit un pichet de vin à un homme juste avant de le pendre¹⁵⁴ ; l'année suivante, on paya un barbier pour arrêter l'hémorragie d'un Lyonnais qui venait d'être amputé de la main droite¹⁵⁵.

Si les comptes de la châtelainie de Gaillard éclairent précisément l'histoire de l'exercice de la haute justice à Genève au Moyen Âge, comme l'avaient compris les diplomates de la Maison de Savoie au XVIII^e siècle, les conclusions de leur étude ne sauraient toutefois être définitives. Il conviendrait maintenant de confronter les données fournies par les châtelains de Gaillard aux procès criminels, aux appels et aux procès civils conservés aux Archives d'Etat de Genève. On dispose en effet d'un fonds de près de sept cents pièces établies de 1396 à 1536 qui attendent leur examen exhaustif¹⁵⁶.

¹⁵² Voir à ce sujet Nicolas CARRIER, «Une justice pour rétablir la "concorde" : la justice de composition dans la Savoie de la fin du Moyen Âge (fin XIII^e -début XVI^e siècle)», *Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, 31, 2000, pp. 237-257.

¹⁵³ «*Inclusis XIII s. VIII d. solutis per ipsum pro medicinis et salario barberii ipsum curantis de quadam plaga sibi facta quando fuit captus quia vivo capi resistebat*» (ADHS, SA 17733).

¹⁵⁴ «*Item in uno pico vino quem bibit dictus Johannes des Boes quando fuit versus forcas*» (ADS, SA 15465).

¹⁵⁵ «*Item pro salario barbitonsoris qui activit brachium dicti Jaqueti malefactoris et qui eidem incontinenti posuit unum pullum in frustrum brachii cisi cum fuit cisa manus ejus ne amicteret suum sanguinem*» (ADS, SA 15466).

¹⁵⁶ Isabelle JEGER, *Justices et pouvoirs à Genève à la fin du Moyen Âge*, op. cit., pp. 38 et 51. Sous la direction de Franco Morenzoni, l'Unité d'histoire médiévale de l'Université de Genève a mis en ligne quelques-uns de ces procès :

<http://www.unige.ch/lettres/istge/hma/ressources.html>. Les Registres du Conseil enregistrent diverses sentences de condamnation à des peines corporelles (on retrouve d'ailleurs les exécutés dans les comptes de Gaillard) mais sans fournir cette information de manière systématique. Je tiens à exprimer ma vive reconnaissance à Mme Isabelle Jeger pour sa relecture attentive de cet article.

Le statut de l'enfant à naître dans les sources du droit valaisan (XIV^e–XIX^e siècle)

Les normes valaisannes sur le statut de l'enfant avant sa naissance, dont l'originalité a déjà été soulignée par certains auteurs¹, n'ont pas fait à ce jour l'objet d'études exhaustives. Nous nous proposons ici d'en dresser un aperçu, en limitant toutefois notre travail aux sources normatives civiles et pénales, sans aborder l'étude systématique des cas – à vrai dire peu nombreux s'agissant de normes à la portée plus symbolique que pratique – auxquels elles ont pu s'appliquer. Pour en comprendre le sens et la portée, il importe auparavant d'exposer brièvement deux courants qui ont influé sur la plupart des règles étudiées : les sources romaines d'une part, particulièrement riches et détaillées et qui seront encore citées et appliquées en Valais au milieu du XIX^e siècle, et la doctrine chrétienne sur le début de la vie d'autre part.

L'héritage romain

A en croire Ulpien (~170–223/224 ap. J.-C.), c'est déjà depuis la Loi des douze Tables (~ 450 av. J.-C.) que les Romains admettent l'enfant conçu à la succession de son père décédé entre sa conception et sa naissance, à la condition qu'il naisse vivant (*si fuerit editus*)². Selon Paul (160–230 ap. J.-C.), l'enfant à naître doit même être traité comme un être humain (*ac si in rebus humanis esset*) chaque fois qu'il y va de son avantage³. Il reçoit ainsi un « curateur du ventre » (*curator ventris*) chargé de veiller sur le patrimoine qu'il va acquérir⁴. La naissance de l'enfant après le décès du père a en outre pour effet d'en invalider le testament s'il n'y est pas mentionné (préterition). Cette règle rigoureuse pour les citoyens romains va amener les juristes à préciser les conditions auxquelles on admet qu'un enfant est né : il suffit de

* Dr en droit et juge au Tribunal des districts de Martigny et Saint-Maurice
L'auteur dédie cette contribution à la mémoire du professeur Jean-François Poudret : son enseignement éblouissant et son œuvre magistrale demeurent une source constante d'inspiration pour l'historien du droit.

¹ J.-F. POUDRET, avec la collaboration de M.-A. Valazza-Tricarico, *Coutumes et coutumiers, Histoire comparative des droits des pays romands du XIII^e à la fin du XVI^e siècle*, vol. I–VI, Berne 1998–2006, vol. II, p. 1–3 ; P. DUBUIS, *Les vifs, les morts et le temps qui court : familles valaisannes 1400–1550*, Lausanne 1995, p. 21.

² Digeste (D.) 38, 16, 3, 9 ULPIN.

³ D. 1, 5, 7 et D. 50, 16, 23 1 PAUL.

⁴ D. 37, 9, pr. ULPIN.

quelques instants de vie, même si la mort survient très rapidement (*quamvis natus ilico decesserit*)⁵ alors qu'un enfant mort-né est considéré comme n'ayant jamais été conçu⁶. La pleine conformité corporelle n'est pas nécessaire tant que l'enfant est animé (*non integrum animal [...] cum spiritu tamen*)⁷. A cet égard, les juristes de l'école proculienne exigeaient que le nouveau-né ait poussé un cri, tandis que les Sabinien se contentaient d'une manifestation quelconque de vie ; au VI^e siècle, Justinien tranchera la controverse en faveur des seconds⁸. Quant aux êtres mal formés, il s'agit de distinguer entre les véritables monstres ou prodiges⁹, dépourvus de la nature humaine (*magis animalis quam hominis*)¹⁰, et les simples difformités – trois mains ou trois pieds, par exemple – sans incidence sur le statut juridique¹¹. La croyance en la faculté, pour la femme, d'engendrer des monstres non humains – à la suite notamment d'unions contre nature – était attestée notamment par l'autorité de Pline l'Ancien (naissance d'un serpent, d'un éléphant ou d'un hippocentaure)¹².

C'est à propos du statut de l'enfant que les juristes romains précisent, en se référant à Hippocrate, que la naissance est « parfaite » si elle intervient après le sixième mois, ou plus précisément après 182 jours de grossesse : l'enfant né au septième mois d'un mariage légitime est légitime¹³ ; de même, l'enfant sera libre si sa mère a été affranchie avant le 182^e jour de grossesse¹⁴.

Cela étant, le droit romain n'a jamais pleinement assimilé l'enfant conçu à un être humain (*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*)¹⁵, le considérant plutôt comme une « chose de nature » (*in rerum natura*)¹⁶, voire une part du corps de la mère (*mulieris portio vel viscerum*)¹⁷. L'avortement n'est ainsi pas condamnable, sauf dans le cas précis où, après le divorce et dans un dessein de vengeance, la femme prive le mari d'un héritier ; encore n'est-il puni que d'un exil temporaire¹⁸.

⁵ Code (C.) 6, 29, 2 DIACLÉTIEN et MAXIMIEN.

⁶ D. 50, 16, 129 PAUL.

⁷ D. 28, 2, 12, 1 ULPIN.

⁸ C. 6, 29, 3, 1 JUSTINIEN.

⁹ C. 6, 29, 3, 1 i.f. JUSTINIEN.

¹⁰ D. 1, 5, 14 PAUL ; D. 50, 16, 135 ULPIN.

¹¹ D. 50, 16, 38 ULPIN.

¹² E. LITTRÉ, *Histoire naturelle de Pline, avec la traduction française*, vol. I et II, Paris 1848-1850, VII/III/2.

¹³ D. 1, 5, 12 PAUL.

¹⁴ D. 38, 16, 12 ULPIN.

¹⁵ D. 35, 2, 9, 1 PAPINIEN.

¹⁶ D. 1, 5, 26 JULIEN.

¹⁷ D. 25, 4, 1, 1 ULPIN.

¹⁸ D. 48, 19, 39 TRYPHONIUS.

L'influence chrétienne

Si les auteurs chrétiens affirment dès l'Antiquité que la vie humaine commence dès avant la naissance et qu'elle doit être protégée, la controverse va longtemps porter sur le moment où l'âme humaine s'unit au corps. En opposition au traducianisme matériel de Tertullien (transmission de l'âme par voie de génération), et sous l'influence d'Augustin puis de Thomas d'Aquin¹⁹, l'Occident chrétien adopte l'idée d'une animation médiate du fœtus, l'âme ne s'unissant au corps qu'à partir du moment où le fœtus est formé²⁰. Se fondant sur Aristote²¹, les scolastiques médiévaux considèrent ainsi que l'âme humaine n'est infusée que quarante jours après la conception pour les garçons et quatre-vingts jours pour les filles²². En 1713 encore, le Saint Office prohibe l'administration du baptême au fœtus abortif s'il n'est pas encore animé par l'âme rationnelle²³. La question de l'animation médiate ou immédiate du fœtus reste d'ailleurs une opinion libre jusqu'au milieu du XX^e siècle²⁴. Malgré cette distinction, l'Eglise condamne constamment l'avortement qu'il intervienne avant ou après l'animation, la faute étant simplement moins grave dans le premier cas : selon le Décret de Gratien (~1150), *non est homicidia qui aborsum procurat ante, quam anima corpori sit infusa*²⁵. Quant aux « monstres », l'Eglise reprend l'idée antique selon laquelle la femme peut concevoir un être non humain, notamment un animal : le baptême des monstres dépourvus de forme humaine est ainsi prohibé par le rituel de Paul V (1614)²⁶. Encore en 1917, le Code de droit canonique (canon 748) prévoit que les « monstres et les êtres bizarres » sont baptisés « au moins sous condition » (*si tu es homo...*)²⁷.

¹⁹ Notamment : THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Edition numérique de la bibliothèque de l'édition du Cerf (<http://docteurangelique.free.fr>), I/76/3 et I/118/1-2.

²⁰ Sur cette question, notamment : A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Infans conceptus, existence physique et existence juridique », in *Revue historique de droit français et étranger* 72 (1994), p. 503 ss ; U. ECO, « Les embryons hors du paradis », in *Construire l'Ennemi et autres écrits occasionnels*, trad. M. Bouzaher, Paris 2014, p. 135 ss.

²¹ P. LOUIS, *Aristote, Histoire des animaux*, t. I-III, Paris 1964-1969, II/VII/3.

²² R. NAZ (éd.), *Dictionnaire de droit canonique*, vol. I-VII, Paris 1935-1965, vol. I, p. 1537, vol. II, p. 134 ; LEFEBVRE-TEILLARD (note 20), p. 500.

²³ P. GASPARRI (éd.), *Codicis Juris Canonici Fontes*, vol. IV, Rome 1951, p. 60.

²⁴ NAZ (note 22), vol. II, pp. 134-135.

²⁵ AE. FRIEDBERG (éd.), *Corpus iuris canonici*, vol. I et II, Union (New Jersey) 2000, vol. I, II/XXXII/II/VIII, p. 1122. Ce n'est qu'en 1869 par la lettre *Apostolicae Sedis* que Pie IX établit l'excommunication contre les auteurs de l'avortement sans tenir compte de la distinction entre fœtus animé et inanimé (NAZ [note 22], vol. I, pp. 1539 et 1545).

²⁶ Cf. *Rituel romain à l'usage du diocèse d'Alet*, Paris 1677, p. 9-10.

²⁷ NAZ (note 22), vol. II, pp. 135-136.

Centrée sur l'apparition de l'âme humaine, la conception chrétienne influence essentiellement les législations médiévales dans le domaine pénal, qu'il s'agisse de l'avortement ou de l'infanticide par exposition²⁸. Le droit civil en revanche reste généralement marqué par l'influence romaine, l'acquisition des droits, essentiellement successoraux, demeurant en général conditionnée à la naissance. A cet égard, les législations valaisannes à partir des Articles de Naters de 1446 font figure d'exception.

La curieuse règle des Articles de Naters (1446)

C'est à propos des droits successoraux du posthume, soit l'enfant conçu mais non encore né lors du décès du *de cuius*, que le droit valaisan traite du statut de l'enfant à naître. Alors que les Cas de coutumes, codification privée du milieu du XIV^e siècle, se bornent à restreindre la vocation du posthume à la seule succession de son père²⁹, les Articles de Naters rédigés un siècle plus tard en 1446 voient l'apparition d'une règle singulière : le posthume peut hériter – apparemment dans n'importe quelle succession (*successio aliqua*) et non seulement celle du père³⁰ – à la double condition, d'une part, que quarante ou soixante jours, selon qu'il s'agit d'un mâle ou d'une fille, se soient écoulés depuis la conception jusqu'à l'ouverture de la succession et, d'autre part, que l'enfant soit parvenu au baptême. A défaut, la succession ira aux personnes qui auraient hérité si l'enfant n'avait jamais existé (*ac si tales postumi non fuissent*)³¹.

La première condition revient ainsi à exiger que l'enfant soit non seulement conçu, mais également « animé » lors de l'ouverture de la succession, même si le nombre de jours exigé pour les filles (soixante) est inférieur à celui de la doctrine scolastique (quatre-vingts). Elle constitue une singularité propre à l'histoire du droit valaisan : dans son étude détaillée sur l'*infans conceptus*, Anne Lefebvre-Teillard mentionne les seuls Articles de Naters à l'appui de cette règle³². Cette codification est d'ailleurs originale à plus d'un titre : imposés à l'évêque Guillaume VI de Rarogne par 2000 hommes en armes assiégeant son château de Naters, les articles furent rédigés par Jean Hennannen vicaire de Glis, que l'on vit à cette occasion « équipé comme un guerrier, dissimulant une cuirasse, portant une lance et d'autres

²⁸ LEFEBVRE-TEILLARD (note 20), pp. 504-505.

²⁹ J. GREMAUD, « Documents relatifs à l'Histoire du Vallais », in *Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire de la Suisse romande*, vol. I-VIII, Lausanne 1875-1898, vol. IV, n° 1973, p. 575, art. 95; POUDRET (note 1), vol. II, p. 2.

³⁰ Voir toutefois POUDRET (note 1), vol. II, p. 2.

³¹ GREMAUD (note 29), vol. VIII, n° 2976, pp. 298-299, art. 22 ; A. HEUSLER, *Rechtsquellen des Cantons Wallis*, Bâle 1890, n° 18, p. 177, art. 22.

³² LEFEBVRE-TEILLARD (note 20), p. 509, note 37.

armes [...] » ; l'atteinte portée par certaines dispositions aux droits de l'évêque, notamment le retrait de la justice suprême au profit des dizains³³, valut à leur auteur une sentence d'excommunication³⁴.

Si le successeur de Guillaume VI, Henri Esperlin, obtient l'annulation des Articles dès son élection en 1451³⁵, l'exigence de l'animation du fœtus est reprise dans le Landrecht de Walter Supersaxo de 1475³⁶ ainsi que dans le coutumier particulier du territoire épiscopal d'Ardon et Chamoson de 1572, où elle survivra jusqu'au début du XIX^e siècle³⁷. Elle est en revanche abandonnée par les deux grandes rédactions du XVI^e siècle : le *Landrecht* de Schiner de 1514 et les Statuts de 1571 admettent en effet à la succession du père tout enfant *conceptus in utero matris die obitus patris sive masculus sive femina*³⁸, tout en maintenant la nécessité du baptême.

Le baptême, condition d'acquisition des droits civils

Lefebvre-Teillard indique la première occurrence de cette exigence dans le droit de l'Espagne wisigothique au milieu du VII^e siècle : selon une loi du roi Chindasvind (642-653), l'enfant né après le décès du père ou de la mère ne vient à sa succession qu'à la double condition d'avoir vécu au moins dix jours et d'avoir été baptisé³⁹. La conjonction du terme de dix jours et du baptême permet de supposer que ce sacrement a pu se substituer à la cérémonie d'imposition du nom connue de certains droits barbares⁴⁰. La loi salique prévoyait ainsi un *wergeld* identique pour l'enfant tué dans le ventre de sa mère et pour celui qui, avant la neuvième nuit, n'avait pas encore reçu de nom (*ante quod nomen habeat infra novem noctibus*)⁴¹.

³³ POUDRET (note 1), vol. I, p. 490.

³⁴ G. GHKA, « L'auteur des articles de Naters: un document inédit de 1448 », in *Vallesia* 4 (1949), pp. 35-46 ; POUDRET (note 1), vol. I, p. 171-172.

³⁵ GREMAUD (note 29), vol. VIII, n^{os} 3038-3039, pp. 460-470.

³⁶ W. A. LIEBESKIND, *Bischof Walters II. auf der Flüe Landrecht der Landschaft Wallis und Gerichtsordnung: nebst einem Auszug aus seinen Synodalstatuten*, Leipzig 1930, p. 54, art. 43.

³⁷ Archives de l'Etat du Valais (AEV), Archives communales Lens 54, § 22 ; S. ABBET, « Influence et survivance du droit romain dans la rédaction des coutumes bas-valaisannes au XVI^e siècle », in *Vallesia* LXVI (2011), pp. 125-149, spéc. pp. 135-136 et 146.

³⁸ HEUSLER (note 31), n^o 33, p. 232, art. 57 et n^o 180, p. 310, art. 93.

³⁹ K. ZEUMER, *Leges Visigothorum*, Hanovre et Leipzig 1902, IV/2/18, pp. 185-186.

⁴⁰ En ce sens : LEFEBVRE-TEILLARD (note 20), p. 508 ; cf. toutefois H. BRUNNER, « Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögensrecht », in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 16 (1895), pp. 63-108, spéc. p. 65.

⁴¹ K. A. ECKHARDT, *Pactus legis salicae*, Hanovre 1962, p. 91, 24/6.

L'exigence du baptême n'est que très rarement reprise dans les législations civiles⁴². Elle en est même parfois expressément exclue, ainsi par Philippe de Beaumanoir (~1250-1296), qui prend soin de distinguer le baptême, naissance spirituelle, qui donne droit à « l'eritages de paradis esperituellement », de la naissance corporelle prouvée par le cri de l'enfant – « si qu'il puist estre bien tesmoigné que l'en li ait oï crier » – et qui suffit à transmettre les droits temporels⁴³. Au XVII^e siècle, la Municipale de Fribourg (1648) précise également que le baptême n'est pas nécessaire à l'acquisition des droits successoraux (art. 398), mais admet que son administration dispense de toute autre preuve du fait que l'enfant est né vivant (art. 399)⁴⁴.

En Valais, l'exigence du baptême est reprise dans le *Landrecht* du cardinal Schiner, importante codification effectuée vers 1514⁴⁵, à propos des droits du posthume à la succession du père : s'il vient au baptême, le fils ou la fille conçu lors du décès du père jouit du statut d'héritier, non seulement dans la succession ab intestat mais également si le père a fait un testament ; dans ce dernier cas, le posthume succède à parts égales avec les enfants institués du même sexe que lui⁴⁶. Contrairement au droit romain, la prétérition du posthume ne provoque donc pas l'invalidation du testament, lequel est au contraire adapté à l'apparition de l'enfant non encore né. La pratique montre toutefois que de nombreux testateurs prennent soin d'instituer expressément leurs enfants à naître⁴⁷. Dans son testament rédigé en 1568, Romain Morard d'Ayent ajoute même la condition du baptême à la vocation testamentaire de son enfant *in utero* ; il s'agit toutefois là d'un exemple isolé⁴⁸.

Véritable codification officielle du droit valaisan⁴⁹ en vigueur jusqu'au code civil de 1853⁵⁰, les Statuts d'Hildebrand de Riedmatten de 1571 reprennent la règle de Schiner en introduisant toutefois la possibilité d'une

⁴² Pour quelques exemples, voir BRUNNER (note 40), p. 65 : franchises de Lille (XIV^e siècle), Landrecht de Saanen (BE) de 1598 ou de Drenthe (NL) en 1572.

⁴³ A. SALMON, *Philippe de Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis*, vol. I, Paris 1899, n° 618.

⁴⁴ R. SCHNELL, « Das Stadtbuch (« municipale ») von Fribourg im Uechtland », in *Revue de droit suisse* XVII (1898), pp. 143-321, spéc. pp. 233-234; POUDRET (note 1), vol. II, p. 3.

⁴⁵ HEUSLER (note 31), n° 33, pp. 201-258; L. CARLEN, *Das Landrecht des Kardinals Schiner: seine Stellung im Walliser Recht*, Fribourg 1955, pp. 3-54.

⁴⁶ HEUSLER (note 31), n° 33, p. 232, art. 57.

⁴⁷ Nombreux exemples donnés par DUBUIS (note 1), pp. 21-26 ; é.g. POUDRET (note 1), vol. IV, p. 306.

⁴⁸ DUBUIS (note 1), p. 21. Autre exemple genevois en 1348 : POUDRET (note 1), vol. IV note 115.

⁴⁹ [B. E. CROPT], *Statuta Vallesiae, cum duabus revisionibus*, Sion 1843, pp. 1-135; HEUSLER (note 31), n° 180, pp. 266-340.

⁵⁰ B.-E. CROPT, *Théorie du code civil du Valais*, vol. I, Sion 1858, p. VI-VII.

contestation de la paternité du posthume par les autres héritiers du père défunt : si la mère du posthume n'est pas de réputation vertueuse, en sorte qu'on puisse douter de la paternité de son enfant, les parents les plus proches à qui la succession aurait dû revenir peuvent contraindre la mère à déclarer sous serment l'identité du père⁵¹. Quant aux additions de 1597, elles précisent que le posthume l'emporte sur tous les parents collatéraux du défunt, tout en maintenant la nécessité du baptême⁵².

L'insistance du droit valaisan à préciser le moment où le nouveau-né devient rétroactivement sujet de droit s'explique difficilement : depuis les Articles de Naters, les différentes rédactions ont constamment consacré, en l'absence de descendants, le principe du retour des biens à la ligne paternelle ou maternelle dont ils proviennent⁵³. Les risques d'un passage des biens d'une lignée à l'autre en raison de l'existence éphémère d'un descendant étaient ainsi inexistantes.

De fait, la règle a sans doute eu peu d'incidence pratique. Le seul litige que nous avons pu trouver date du début du XVIII^e siècle et concerne la succession maternelle. En 1702, le Gouverneur de Monthey soumet à la Diète la question de savoir si l'enfant ondoyé sous condition et dont on est incertain s'il est mort avant ou après sa mère peut hériter⁵⁴. Un baptême sous condition, selon la doctrine catholique, formulée clairement par Thomas d'Aquin⁵⁵ et repris sur ce point intégralement par le Rituel de Paul V de 1614⁵⁶ et jusqu'au Code de droit canonique de 1917 (canon 746)⁵⁷ pouvait être administré à l'enfant en danger de mort avant même qu'il soit entièrement sorti du corps de la mère : si la tête n'avait pas pu être atteinte, la validité du baptême était disputée ; aussi était-il requis de le baptiser conditionnellement sur la partie du corps atteignable, puis, s'il sortait vivant, de le rebaptiser, également sous condition (« si tu n'es pas déjà baptisé, je te baptise »). L'intérêt du Gouverneur pour cette question s'explique vraisemblablement par le statut de mainmorte de l'enfant et de la mère : si l'enfant avait hérité de la mère, les biens acquis seraient tombés en mainmorte après le décès de l'enfant, mort sans descendance, alors que dans l'hypothèse inverse tous les biens de la mère auraient pu être acquis par ses autres enfants ce qui aurait exclu l'échute mainmorte – et donc des revenus pour le Gouverneur⁵⁸. La Diète tranche en faveur de cette seconde solution, en refusant d'assimiler le baptême

⁵¹ HEUSLER (note 31), n° 180, p. 310, art. 93; POUDRET (note 1), vol. II, pp. 2 et 11.

⁵² [CROPT] (note 49), 1843, p. 157, art. XLVIII.

⁵³ ABBET (note 37), pp. 137-138 ; POUDRET (note 1), vol. IV, pp. 39 et 64-66.

⁵⁴ AEV, Archives valaisannes, livres (AVL) 22, p. 49.

⁵⁵ *Somme Théologique* (note 19), III/68/11.

⁵⁶ *Rituel romain* (note 26), p. 9.

⁵⁷ NAZ (note 22), vol. II, pp. 133-136.

⁵⁸ Cf. à ce propos: ABBET (note 37), pp. 141-144 ; POUDRET (note 1), vol. II, pp. 496 ss.

d'urgence et sous condition au véritable baptême : un enfant baptisé dans l'urgence mais mort dans le sein de sa mère ne peut ni hériter ni avoir d'héritiers⁵⁹.

L'exigence du baptême est supprimée au cours du XVIII^e siècle, dans une révision des Statuts de date inconnue mais intégrée dans la compilation de 1780. Selon cette révision : « [...] l'enfant [qui] parvient en vie au monde, soit qu'il ait été tiré en vie du sein de la mère, mais qui est cependant mort sans baptême [...] doit être compté et réputé pour héritier »⁶⁰. Le baptême n'est d'ailleurs pas mentionné dans les *Elementa iuris romano-vallesii* du professeur Cropt parus en 1841 -, ouvrage qui, en citant Papinien (D. 35, 2, 9, 1), nie au fœtus le statut d'être humain tout en lui reconnaissant des droits depuis l'instant de sa conception⁶¹. Malgré cela, les registres paroissiaux des baptêmes continueront à servir de registres des naissances jusqu'en 1874⁶², année où le droit fédéral impose la tenue des registres d'état civil par des autorités laïques⁶³.

Le code civil de 1853 et l'exigence de viabilité

Adopté en plusieurs tranches à partir de 1842, le Code civil du Valais entre en vigueur dans son ensemble le 1^{er} janvier 1855⁶⁴, abolissant « les lois romaines, les statuts du Valais, les additions et révisions des abscheids » (art. 2033 al. 1). Il prévoit que l'enfant à naître jouit des droits civils dès le moment où il a été conçu, pourvu qu'il naisse viable ; l'enfant né vivant est présumé être né viable (art. 9). Les enfants qui ne sont pas nés viables sont ainsi incapables de recevoir par testament (art. 585), de succéder ab intestat (art. 769) et d'acquérir par donation (art. 944)⁶⁵.

Consacrée dans tous les cantons romands et à Berne⁶⁶, l'exigence de viabilité constitue un emprunt direct au Code civil français de 1804. Son origine a été étudiée en détail par Anne Lefebvre-Teillard⁶⁷. Quant à sa portée exacte, elle est encore aujourd'hui controversée en droit français : exclut-elle

⁵⁹ HEUSLER (note 31), n° 133, p. 62; AEV, AVL 22, p. 49.

⁶⁰ [CROPT] (note 49), pp. 193-194; HEUSLER (note 31), p. 454.

⁶¹ B.-E. CROPT, *Elementa iuris romano-vallesii ad usum scholae juris seduni institutae*, Sion 1841, p. 36.

⁶² *Recueil des lois, décrets et arrêtés du Canton du Valais, vol. VIII (1847-1852)*, Sion 1852, p. 418 ; CROPT (note 50), pp. 68-69.

⁶³ Feuille fédérale (FF) 1874 III 1.

⁶⁴ CROPT (note 50), p. VI.

⁶⁵ *Code civil du canton du Valais*, Sion 1854, *passim*.

⁶⁶ Cf. CC Berne 1824, Satz 9-10 ; CC Fribourg 1834 (partie I), art. 12 et 1839 (partie III), art. 704 ; CC Vaud 1819, art. 512 et 568 ; CC Neuchâtel 1855, art. 577 et 644.

⁶⁷ LEFEBVRE-TEILLARD (note 20), p. 512 ss.

uniquement les enfants nés trop prématurément ou également les êtres « mal conformés » et incapables de vivre plus de quelques instants⁶⁸ ? L'auteur du code valaisan, Bernard-Etienne Cropt, ne traite que de la première hypothèse, en se référant aux sources romaines⁶⁹ : est viable « l'enfant dont les organes sont assez bien formés pour qu'il puisse vivre : pour cela il faut qu'il se soit écoulé au moins 180 jours depuis l'époque de la conception à celle de la naissance, ce qui doit s'entendre du commencement du septième mois [...] »⁷⁰.

En accordant la personnalité juridique à l'enfant conçu « à condition qu'il naisse vivant » (art. 31 al. 2 CCS), le législateur suisse de 1907 renonce expressément au critère de viabilité, malgré une interpellation en ce sens d'un parlementaire genevois. Le père du code civil, Eugen Huber (1849-1923) se justifie en citant l'enfant né avec une malformation cardiaque le condamnant à ne vivre que quelques heures : la personnalité humaine doit-elle lui être refusée pour ce motif ? Quant aux « monstres », Huber prend l'exemple d'un enfant sans tête pour conclure qu'un tel être n'est de toutes façons pas humain de sorte que la capacité doit lui être refusée même s'il présente quelques signes de vie⁷¹. La même argumentation est reprise par le rapporteur devant le Conseil des Etats⁷². Cela étant, dans un arrêt de 1915 déjà, le Tribunal fédéral réintroduit partiellement le critère de viabilité en exigeant que l'enfant présente un développement suffisant, soit de six mois de gestation, pour que son développement hors du corps de la mère soit théoriquement possible⁷³.

Le droit criminel

C'est à travers la répression de l'avortement que le droit criminel aborde le statut de l'enfant conçu. Aucune source de droit valaisan ne contient de règle à ce propos avant la fin du XVIII^e siècle. Les livres de comptes savoyards mentionnent toutefois des amendes perçues pour « encis », soit le meurtre du

⁶⁸ G. CORNU, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 11^e éd., Paris 2003, p. 204 ; M. KOHLER-VAUDAUX, *Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître – Etude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand*, thèse Lausanne, Zurich 2006, pp. 115-116.

⁶⁹ *Supra*, notes 13 et 14.

⁷⁰ CROPT (note 50), p. 44.

⁷¹ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (BOAF), Berne 1905, pp. 470-471.

⁷² BOAF 1905, p. 918.

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 41 II 648. En droit suisse, ce seuil est aujourd'hui fixé à 22 semaines de gestation ou à un poids d'au moins 500 grammes (KOHLER-VAUDAUX [note 68], pp. 172-174). Quant à l'enfant anencéphale, il est généralement admis qu'il acquiert la personnalité juridique si certaines parties du cerveau, notamment le tronc cérébral, sont présentes et s'il montre un quelconque signe de vie (KOHLER-VAUDAUX [note 68], pp. 169-171).

foetus à la suite de coups portés à la femme enceinte⁷⁴. Les procès en sorcellerie incluent parfois également l'accusation d'avoir provoqué des avortements par des substances maléfiques⁷⁵.

La *Constitutio criminalis carolina* promulguée par Charles V en 1532 et reçue en Valais dès la fin du XVI^e siècle⁷⁶ adopte la distinction entre foetus animé et inanimé : est puni de mort – décapitation pour un homme, noyade pour une femme – celui qui, par violence ou poison, provoque l'avortement d'un enfant vivant ; en revanche si l'enfant n'est « pas encore en vie » la peine est laissée à l'arbitraire du juge (CCC, art. CXXXIII).

Conditionnant l'application de la peine de mort, la question de l'animation du foetus prend ainsi une importance considérable. Or, comme le relève Frölichsburg (1657-1729), criminaliste autrichien faisant autorité en Valais⁷⁷, « l'instant où l'âme humaine est créée demeure caché aux yeux humains » alors que « la question de l'évolution de l'âme est très disputée entre les philosophes ». Il préconise dès lors, à la suite de Carpzov (1595-1666), de considérer le foetus comme vivant dès qu'il atteint la moitié de la période entre la conception et la naissance, tout en reconnaissant que certains auteurs de médecine légale, dont Paul Zacchias (1584-1659), soutiennent l'opinion opposée de l'animation immédiate du foetus dès sa conception⁷⁸. Franz Adam Vogel, auteur en 1724 d'un commentaire en français à l'usage des troupes suisses, se borne quant à lui à affirmer que l'enfant conçu est réputé vivant quand toutes les parties de son corps sont formées⁷⁹.

La question refait surface à la fin du XVIII^e siècle, lors de rédaction du Code pénal pour le Bas-Valais : invité à formuler ses observations sur le projet, l'évêque Blatter confie cette tâche au chanoine Anne-Joseph de Rivaz.

⁷⁴ P. DUBUIS, *Dans les Alpes au Moyen Age : douze coups d'œil sur le Valais*, Lausanne 1997, pp. 64-66 et 72-75.

⁷⁵ Voir J. GRAVEN, *Essai sur l'évolution du droit pénal valaisan jusqu'à l'invasion française de 1798, précédé d'une étude générale des sources et des institutions législatives et judiciaires*, Lausanne 1927, p. 414. Egalement AEV Xavier de Riedmatten 49 (Sentence prononcée en 1575 par le vice-bailli Georges Supersaxo et ses assesseurs en faveur de Catherine Bovuyr, du val d'Hérens, libérée de prison après avoir été accusée de sorcellerie et d'avortement, son accusateur ayant fait acte de rétractation).

⁷⁶ GRAVEN (note 75), pp. 94-95.

⁷⁷ Ses commentaires serviront de loi générale en Valais de 1780 à 1858 : voir [CROPT] (note 49), p. 173.

⁷⁸ J. C. FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG, *Commentarius in Kayser Carl des Fünften und des H. Röm. Reichs peinliche Halsgerichts-Ordnung*, Francfort et Leipzig 1727, II/II, § 13/1.

⁷⁹ F. A. VOGEL, *Code criminel de l'empereur Charles V vulgairement appelé la Caroline contenant les loix qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire ; et à l'usage des conseils de guerre des troupes suisses*, Paris 1734, p. 183.

Dans son mémoire, celui-ci relève en particulier qu'« [il] auroit aussi été bon de déclarer touchant l'avortement que la loi du Pays ne fera aucune distinction entre le fœtus animé et le fœtus inanimé, selon les divers systèmes des Anatomistes et des Physiologues ; mais que tout avortement volontaire du moment de la conception sera puni de mort » ; il recommande aussi une surveillance des « filles grosses », qui devraient avoir l'obligation de déclarer leur grossesse au curé ou au juge sous peine de mort au cas où l'enfant viendrait à mourir sans baptême⁸⁰. La version finale du Code pénal de 1794 punit de mort, comme homicide, les auteurs ou complices de l'« avortement du Fœtus » (art. XLIX)⁸¹, sans reprendre la distinction de la Caroline mais sans en expliciter la suppression comme le demandait de Rivaz. La surveillance des « filles grosses » fera quant à elle l'objet d'une loi spéciale adoptée le 25 novembre 1804⁸².

Par la suite, la prohibition de l'avortement dès la conception de l'enfant semble admise par les tribunaux, comme en témoigne un jugement rendu en 1845 par le Tribunal du district de St-Maurice, condamnant une femme à cinq ans de réclusion pour les « manœuvres coupables opérées [...] dans le but de détruire le fruit que la fille C. avait *conçu depuis un mois* [nous soulignons] qu'elle avait cohabité charnellement avec un homme »⁸³. La distinction entre fœtus animé et inanimé ne figure pas non plus dans le code pénal valaisan de 1858 (art. 234 et 236)⁸⁴, alors que la doctrine allemande du début du XX^e siècle, citée en 1927 par Graven, continue à n'assimiler l'avortement à l'homicide qu'après l'animation de l'embryon, soit six à dix semaines après la conception⁸⁵.

Cela étant, l'avortement n'occupe que rarement les tribunaux valaisans. Pour la période prérévolutionnaire, Graven mentionne deux condamnations en 1628 et 1674⁸⁶. Les jugements sont également rares au XIX^e siècle : nous n'avons que trouvé six procédures – dont quatre seulement aboutissent à des condamnations – dans le registre des jugements criminels et correctionnels entre 1815 et 1859 (date de l'entrée en vigueur du Code pénal valaisan)⁸⁷.

⁸⁰ AEV de Rivaz, V, p. 609 ; S. GALLAY, « Bonne, exacte, brève justice » : le Code pénal pour le Bas-Valais de 1794, Genève 1997, annexe 5.3, p. 3.

⁸¹ Code pénal pour le Bas-Vallais, Sion 1794, p. 60.

⁸² Constitution et loix de la République du Valais, vol. I, Sion 1844, pp. 266-269.

⁸³ AEV Département de justice et police (DJP) 5075/5 (1843-1845), 1845 n° 71. La « fille C. » écope quant à elle de six mois d'emprisonnement au château de St-Maurice.

⁸⁴ Code pénal du canton du Valais, Sion 1858, pp. 74-75.

⁸⁵ GRAVEN (note 75), p. 415, note 1 *in fine*.

⁸⁶ GRAVEN (note 75), pp. 414-415.

⁸⁷ AEV DJP 5075/5 (1843-1845) : Tribunal de district (TD) de St-Maurice, 30 octobre 1845, n° 71 (ci-dessus). DJP 5075/6 (1846-1849), TD Hérens, 12 mai 1847, n° 48

L'un des cas est d'ailleurs demeuré célèbre, celui de Thérèse Seppey et Barthélémy Joris, condamnés à mort et exécutés en 1842 non seulement pour homicide et mais aussi pour tentatives d'empoisonnement et d'avortement – au moyen d'une tisane de rue et de romarin, puis par une « application pour faire fondre l'enfant dans le ventre de la mère » recette considérée comme potentiellement efficace par les experts judiciaires désignés⁸⁸. De fait, le petit nombre de procédures reflète l'absence de moyens abortifs efficaces (toutes les condamnations concernent des tentatives) bien plus qu'une réelle moralité : les condamnations pour infanticide – après l'accouchement – sont bien plus fréquentes⁸⁹.

Avec l'entrée en vigueur en 1942 du code pénal suisse de 1937, l'avortement devient punissable dès le moment de la conception et jusqu'au début de l'accouchement, que le fœtus ait été viable ou non⁹⁰. La réforme adoptée par le peuple suisse le 2 juin 2002 réintroduit toutefois un terme de 12 semaines après les dernières règles⁹¹ – soit généralement 10 semaines après la conception⁹² – avant lequel l'avortement n'est plus punissable.

(Barthélémy et Judith M. : pour commerce incestueux et tentative d'avortement, exposition d'une demi-heure avec l'inscription « fille impudique et abandonnée » pour la sœur qui a refusé de prendre les drogues fournies par son frère, 12 ans de réclusion pour ce dernier) ; TD Entremont, 19 juillet 1849, n° 51 (Emérencienne V. : non-lieu). DJP 5075/8 (1852-1853) : TD Monthey, 7 septembre 1853, n°88 (Marie-Louise D. : détention provisoire subie pour avoir distribué des substances abortives à des filles enceintes, en réalité « de l'eau de Cologne très affaiblie ») ; 5075/9 (1854-1855) : TD Martigny, 13 septembre 1855, n° 88 (Marie-Euphrosine C. : non-lieu pour absence de preuve légale). Cf. également en 1807 : AEV Bourgeoisie de Sion 245/15/27 (enquête concernant Christine Z. et Jean-Philippe D. pour tentative d'avortement, finalement abandonnée, l'accusation étant mal fondée).

⁸⁸ AEV DJP 5075/4 (1840-1842) : TD Sierre, 10 décembre 1841, n° 63 et Tribunal d'appel, 20 janvier 1842, n° 9. P. REY, *Les derniers condamnés à mort exécutés en Valais le 28 février 1842*, Sierre, 2006, pp. 33 et 67-70 ; ég. pp. 99-100.

⁸⁹ Cf. *Constitution et lois de la République du Valais*, vol. I (note 82), pp. 266-268 ; M.-F. VOUILLOZ BURNIER, « L'infanticide devant les tribunaux valaisans du XIX^e siècle », in *Annales valaisannes* 1997, pp. 81-129, spéc. p. 96 ss, en énumère près de 80 cas sur la seule période de 1816 à 1839 (23 ans). Pour la période savoyarde : DUBUIS (note 74), pp. 66-69 et 75-78.

⁹⁰ P. LOGOZ, *Commentaire du code pénal suisse, Partie spéciale*, vol. I, Neuchâtel 1955, p. 30.

⁹¹ Recueil officiel des lois fédérales (RO) 2002, p. 2989.

⁹² FF 1998, p. 2639.

Conclusion

Les principales singularités du droit valaisan à propos du statut de l'enfant à naître ont trait d'une part à la question de l'animation du fœtus et d'autre part à la nécessité du baptême. L'exigence de l'animation du fœtus au moment de l'ouverture de la succession comme condition d'acquisition des droits du posthume, règle apparemment unique en Europe, n'apparaît que dans deux rédactions du Landrecht au XV^e siècle ainsi que dans le Coutumier particulier d'Ardon-Chamoson au XVI^e siècle. Elle correspond à la doctrine aristotélicienne de l'animation médiate du fœtus (après quarante ou quatre-vingts jours de conception), longtemps acceptée par l'Eglise et reprise par la législation impériale en matière d'avortement. A la fin du XVIII^e siècle la distinction est toutefois combattue par le pouvoir épiscopal qui défend la thèse encore disputée de l'animation immédiate de l'embryon, thèse que la jurisprudence valaisanne du XIX^e siècle semble avoir adoptée en matière d'avortement. Quant à la nécessité du baptême pour acquérir les droits civils, sa survivance jusqu'au XVIII^e siècle constitue également une rareté dans l'histoire du droit. La règle visait certainement à limiter les contestations liées aux incidences successorales d'un enfant à l'existence éphémère, incidences qui ont toutefois dû rester marginales en raison de la règle successorale du retour des biens paternels ou maternels à leur ligne d'origine.

Annexes

Aucuns cas de costume [~ 1350], GREMAUD (note 29), vol. IV, n° 1973

95. De postume. Aprez sachez que enfez lequiel nest nez ne prent mye en succession hu en enchette mesques en celle de son pere, ce il nest nez hu temps de leschette venent.

95. Du posthume. Après sachez que l'enfant qui n'est pas né ne vient jamais à la succession ou en enchette s'il n'est né au temps où la succession s'ouvre, sauf pour celle de son père.

Articles de Naters [1446], HEUSLER (note 31), n° 18

Art. 22 De successionibus. Item statutum est, quod si postumus, si fuerit masculus, habet XL^a dies a conceptione in utero matris vel ultra, tempore quo successio aliqua evenerit, potest capere successionem ac si esset natus; si vero femina fuerit et habet sexaginta dies conceptionis in utero matris, capit etiam successionem ut supra. Intelligendo tamen si tales postumi post nativitatem non fuerint baptizati, tunc successio pervenire debet personis quibus pervenisset ac si tales postumi non fuissent.

Art. 22 Des successions. De même il est décidé que le posthume masculin présent dans le ventre de sa mère depuis au moins 40 jours depuis la conception lors de l'ouverture de quelque succession peut venir à cette succession comme s'il était né. Mais s'il s'agit d'une fille, elle vient à la succession comme ci-avant, si elle a été conçue depuis 60 jours. Etant entendu toutefois que si de tels posthumes n'ont pas été baptisés alors la succession ira aux personnes auxquelles elle serait parvenue si ces posthumes n'avaient jamais existé.

≈ **Coutumier d'Ardon-Chamoson** [1572], AEV, AC Lens, P 54, p. 14, § 22.

Landrecht de Walter Supersaxo [1475], LIEBESKIND (note 36), p. 54

Art. 43 De successione postumorum. Item statutum est, quod si postumus masculus a die conceptionis in utero matris habeat 40 dies vel ultra et femella 60 dies vel ultra, tempore quo successio aliqua pervenerit, isti pueri, quamvis adhuc non sint nati, capiunt tamen successionem ac si iam nati fuissent dummodo ipsi postumi post ipsorum nativitatem tantum supervixerint quod sacramentum baptismatis consequuti fuerint et baptisati. Sed si ante baptismum moriantur, ipsa successio perveniat ad illos quibus pervenisset si tales postumi nati non fuissent.

Art. 43 De la succession des posthumes. De même il est décidé que si un posthume masculin est présent dans le ventre de sa mère depuis au moins 40 jours depuis la conception et une fille depuis au moins 60 jours au moment de

l'ouverture de quelque succession, ces enfants, même s'ils ne sont pas nés à ce moment, peuvent venir à cette succession comme s'ils étaient déjà nés, pour autant toutefois que ces posthumes vivent assez après leur naissance pour que le sacrement du baptême leur soit administré. Si en revanche ils meurent avant le baptême, la succession ira à ceux à qui elle serait parvenue si ces posthumes n'étaient jamais nés.

Landrecht des Kardinals Schiner, [1511-1514], HEUSLER (note 31), n° 33

Art. 57 : De successione posthumorum. Posthumus conceptus in utero matris die obitus patris sive masculus sive femina, habetur pro nato. Ita quod donec emergerit in lucem sive genitus fuerit et baptisma susceperit, bona sibi successura servantur intacta et inconsumpta. Quod si pater fecerit testamentum et masculus fuerit, succedat cum masculis in ordine patris, si femella cum femellis eodem ordine. Et si solus vel sola sit ac pater ab intestato decesserit, succedat legitime patri. Casu vero quo baptizatus non fuerit, habetur pro non nato, et hereditas devolvitur ad illos, qui alias abintestato successissent, si posthumus non fuisset. Servatis tamen in hoc maternis iuribus quo ad partum et perperium.

Art. 57 : De la succession des posthumes. Le posthume conçu dans le sein de sa mère au jour du décès du père, qu'il soit de sexe masculin ou féminin, sera considéré comme s'il était né. Ainsi, pour autant qu'il vienne au jour et qu'il reçoive le baptême, les biens de la succession lui seront conservés intacts et entiers. Ainsi si le père a fait un testament et que le posthume est un mâle, il succédera avec les autres mâles selon les dispositions du père. De même s'il s'agit d'une fille. Et s'il ou elle est seul(e) à venir à la succession du père intestat, il ou elle succède légitimement au père. Dans le cas toutefois où le posthume n'aura pas été baptisé, il sera considéré comme non venu au monde et la succession ira à ceux qui auraient succédé ab intestat si le posthume n'avait pas existé.

Testament de Romain Morard [Ayent 1568], DUBUIS (note 1), p. 21

[...] jussit [...] quod si fetus seu infans qui est in utero dicte Barbare sue uxoris sit masculus et veniet ad baptismum, verum integrum sit particeps in dicta quarta parte.

[...] il a ordonné [...] que si le fœtus ou l'enfant qui est dans l'utérus de ladite Barbara sa femme est un garçon et qu'il vient au baptême, il participera [avec ses frères] à ce quart de la succession.

Statuta patriae Vallesii, [1571], HEUSLER (note 31), n° 180

Caput XCIII: De successione posthumorum [= Landrecht des Kardinals Schiner, art. 57] Si autem mater posthumi non esset probatae modestiae, taliter quod de partu eiusdem dubitaretur, proximiores quibus alias successio deveniret, poterunt matrem ad declarandum patrem per iuramentum compellere.

Chapitre 93 : De la succession des posthumes [...] Cependant si la mère du posthume n'était pas de réputation vertueuse, en sorte qu'on doute de la paternité de son enfant, les parents les plus proches à qui la succession aurait dû revenir pourront contraindre la mère à déclarer sous serment l'identité du père.

Rescrit de la Diète de mai 1702, HEUSLER (note 31), n° 133

Auf Anfrage des Landvogts von Monthey erkannt: 1. ein Kind, das nothgetauft, aber in der Mutter Leib gestorben ist, kann weder erben noch beerbt werden [...]

Sur demande du Gouverneur de Monthey décide : 1. Un enfant à qui l'on a administré le baptême d'urgence mais qui est mort dans le sein de sa mère ne peut ni hériter ni être institué.

Révision des Abscheids [1597-1773], [CROPT] (note 49), p. 193-194

Art. XXIII : Des enfans douteux morts dans le sein de leur mère, quoique baptisés

[...] Mais si l'enfant parvient en vie au monde, soit qu'il ait été tiré en vie du sein de la mère, mais qui est cependant mort sans baptême, cet enfant doit être compté et réputé pour héritier.

CROPT, Elementa juris Romano-Vallesii (note 61), p. 36

[...] et quamquam ille qui in utero est, homo non recte dicatur [leg. 9. § 1. D. ad L. Falcid. (35.2)], quotiescunque tamen de ejus commodo agitur, pro nato habetur [leg. 7. 26. D. de stat. hom. (1.5.)].

[...] et même si cet enfant qui est in utero ne peut être appelé un homme [...] il sera toutefois considéré comme né, chaque fois qu'il y va de son avantage [...]].

Code civil du canton du Valais (note 65)

Art. 9 : L'enfant à naître jouit des droits civils dès le moment où il a été conçu, pourvu qu'il naisse viable.

Dans le doute, est présumé viable celui à l'égard duquel il y a preuve qu'il est né vivant, sauf en ce qui est réglé pour le cas prévu au N° 3 de l'art. 114 [*exclusion de l'action en désaveu pour les enfants nés non viables*].

Art. 585 : Sont incapables de recevoir par testament

1. Ceux qui ne sont pas encore conçus, à l'exception des enfants au premier degré d'une personne déterminée et vivante à l'époque du décès du testateur.
2. Ceux qui ne sont pas nés viables.
3. Ceux qui sont privés de ce droit en vertu d'une condamnation pénale [...]
4. Enfin l'étranger, en conformité de ce qui est dit à l'article 7

Art. 769 : Les personnes incapables ou indignes de recevoir par testament [...] sont pareillement incapables ou indignes de succéder ab intestat.

Art. 944 : Les personnes incapables de recevoir par testament ne peuvent acquérir par donation entre-vifs, même sous le nom de personnes interposées [...].

CROPT, Théorie du code civil valaisan (note 50), p. 44

On appelle viable l'enfant dont les organes sont assez bien formés pour qu'il puisse vivre : pour cela il faut qu'il se soit écoulé au moins 180 jours depuis l'époque de la conception à celle de la naissance. Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hyppocratis (L. 12 D. de statu hom. [1. 5]), ce qui doit s'entendre du commencement du septième mois, ainsi que l'indique la loi 3 § 12. D. de suis et legit. hered [38. 16] : De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hyppocrates scripsit et D. Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.

Constitutio criminalis carolina (1532)

Straff der jhenen so schwangern weibßbilden kinder abtreiben.

cxxxiiij Item so jemandt eynem weibßbild durch bezwang / essen oder drincken / eyn lebendig kindt abtreibt / wer auch mann oder weib vnfruchtbar macht / so solch übel fürsetzlicher vnd boßhafftiger weiß beschicht / soll der mann mit dem schwert / als eyn todtschläger / vnnd die fraw so sie es auch an jr selbst thette / ertrenckt oder sunst zum todt gestrafft werden. So aber eyn kind / das noch nit lebendig wer / von eynem weibßbild getriben würde / sollen die vrtheyler der straff halber bei den rechtuerstendigen oder sunst wie zu end diser ordnung gemelt / radts pflegen.

De la punition de l'avortement procuré.

133 : De même, celui qui de propos délibéré et par malice, soit avec violence, nourriture ou boisson, fera avorter une femme d'un enfant en vie, de même que celui qui procurera la stérilité à un homme ou à une femme, sera condamné ainsi que l'homicide ; si c'est un homme, il sera décapité, si c'est une femme, quoiqu'elle l'eût exercé contre elle-même, elle sera précipitée dans l'eau, ou subira une autre peine capitale. Mais dans le cas que l'enfant n'eût point encore la vie, les juges, comme il sera dit à la fin de cette ordonnance, se conformeront à l'avis des gens de loi pour savoir la punition qu'il conviendra de prononcer.

FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG (note 78), II/II, § 13/1

Als unter welchen nicht die geringste vorläufige Disputation ist, wann eine Frucht in Mutterleib lebendig wird? Paulus Zachias in seinen Medico Legalibus refutirt, und widerspricht der Länge nach, dass eine Abwechslung der Seelen, das ist, dass nach der puren wachsenden, erst eine Zeit hernach die vernünftige Seel den Saamen informire, sondern dass im Augenblick, und in dem Run der Coition, auch die vernünftige menschliche Seele vorhanden und concipirt werde. Nichts destoweniger aber, weilen denen menschlichen Augen annoch verborgen, wann die menschliche Seel eingeschaffen werde, und unter denen Philosophis wegen Abwechslung der Seelen ein harter Streit ist, als wird in dieser Criminal Materia gemeiniglich die Frucht alsdann lebendig gehalten, wann es die halbe Zeit zwischen der Empfängnis und Geburt zutrifft. Carpov p. 1, q. 11, n. 5 & 6.

Ce n'est pas la moindre des controverses que celle de savoir quand un fœtus dans le ventre de sa mère devient vivant. Paul Zachias, dans son traité de médecine légale réfute constamment l'idée d'une croissance de l'âme, à savoir que ce n'est qu'après un temps que l'âme raisonnable informe l'embryon, mais qu'au contraire, dès l'instant de la conception l'âme humaine rationnelle existe et est conçue. Il n'en est pas moins vrai que l'instant où l'âme humaine est créée demeure caché aux yeux humains et que parmi les philosophes la question de l'évolution de l'âme est très disputée, de sorte qu'en matière criminelle il est généralement admis que le fœtus est tenu pour vivant quand il atteint la moitié de la période entre la conception et la naissance. Carpov p. 1, q. 11, n. 5 & 6.

VOGEL (note 79)

Observations sur l'article 133 : [...] Afin que la peine capitale puisse être prononcée, il faut suivant la Loi, que l'enfant dont la naissance a été ainsi forcée, ait eu la vie ; elle est, selon le sentiment le plus suivi, censée avoir existé, lorsque toutes les parties du corps de l'enfant se trouvent formées :

hors ce cas, il n'y a pas lieu à la peine de mort, mais à une punition arbitraire, telle qu'est le bannissement, le fouet, ou autre que la nature du délit demandera.

Code pénal pour le Bas-Vallais (note 81)

XLIX Les mères qui auront provoqué l'avortement du Fétus de l'enfant, dont elles étaient enceintes, ou qui, après la naissance de leurs enfants leur donnent la mort, seront punies de mort. Pareillement les Médecins, Apothicaires, Empiriques & autres complices qui auraient donné des remèdes pour faire périr le fruit d'une femme ou d'une fille enceinte, seront punis de mort.

Code pénal du canton du Valais (note 84)

Art. 234 : Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte sera puni de la réclusion de un à cinq ans.

La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens qui ont donné lieu à l'avortement.

Art. 236 : Les gens de l'art, tels que médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes, qui auront sciemment indiqué ou administré les moyens qui auront procuré l'avortement, seront punis par une réclusion de deux à huit ans, et, de plus, par l'interdiction de leur profession pendant cinq ans au moins et douze ans au plus.

Les mariages mixtes en Suisse au XIX^e siècle¹

L'expression « mariage mixte » remonte au XVI^e siècle avec l'émergence de la Réforme et la réaction du Concile de Trente² qui organisera la Contre-Réforme. Son sens a évolué. A l'origine³, d'un point de vue confessionnel, l'expression désigne indifféremment l'union entre conjoints de deux confessions ou de deux religions différentes. Aujourd'hui, on distingue entre le mariage mixte et le mariage dispar. Le mariage mixte est l'union de deux chrétiens de confessions différentes, par exemple un catholique et une protestante tandis que le mariage dispar est l'union de personnes de religions différentes, comme celle d'un chrétien et d'une musulmane⁴.

Actuellement la population suisse se partage encore majoritairement entre catholiques et protestants et les mariages mixtes ne posent plus de problème. Au contraire, ils font partie intégrante du paysage helvétique. Un simple coup d'œil aux statistiques nous le confirme : un mariage sur quatre est un mariage mixte⁵. Il y a plus. En raison de l'évolution multiculturelle de la population, la solution appliquée aux mariages mixtes a été étendue aux mariages dispar.

Le but de cet exposé est de regarder comment la solution actuelle s'est imposée. Ce sujet est d'autant plus intéressant que la problématique des mariages mixtes au XIX^e en Suisse permet d'en illustrer tous les aspects. En

* Dr en droit, maître-assistante à l'Université de Fribourg

¹ Texte tiré de la conférence du 5 mars 2014 donnée à l'Université de Fribourg

² Première session (13 décembre 1545- 17 septembre 1549), deuxième session (1^{er} mai 1551- 28 avril 1552) et troisième session (18 janvier 1562- 3-4 décembre 1563).

³ Luigi CAMPANA, *Die Ehe zwischen Christen und Ungläubigen in der rechts-historischen Entwicklung und im geltenden Kirchenrecht*, thèse droit Berne, Berne 1948, p. 13-28 ; Joseph CANDOLFI, *Les mariages mixtes en Suisse*, thèse théologie Fribourg, Fribourg 1950, p. 3-18 ; pour un développement plus exhaustif voir par exemple l'ouvrage de Korbini RITZER, *Le mariage dans les Eglises chrétiennes du I^{er} au XI^{ème} siècle*, Paris, 1970.

⁴ En droit international privé, l'expression mariage mixte désigne aussi des époux de nationalités différentes, sens non retenu ici.

⁵ BEVNAT : Mariages selon la religion des époux, en 2013 : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/04/blank/01/02/02/.html> (consulté le 7 juillet 2014). A la fin des années 1990, Les mariages mixtes entre catholiques et protestants étaient plus nombreux que les mariages « homonègnes de ces deux religions » (Albert EBNETER, « Die ökumenische Herausforderung der Mischehen », in *Schweizerische Kirchenzeitung*, 20 janvier 2000, nr. 3 p. 49-50). Le nombre de mariage mixte a diminué face à l'augmentation des mariages dispar.

effet, si la question est universelle, la typicité diversifiée de la Suisse offre un panorama complet.

Le plan de cet article à la fois chronologique et systématique s'articule autour de la *Loi fédérale sur les mariages mixtes du 3 décembre 1850*⁶ :

I. Les mariages mixtes avant 1850

II. Les mariages mixtes après 1850

Au XVI^e siècle, la Réforme brisa l'unité religieuse de la Suisse. Des cantons parmi les plus importants et des pays alliés adoptèrent la nouvelle religion qu'ils imposèrent à leurs pays sujets. Désormais, deux blocs antagonistes divisaient la Confédération⁷. Ce clivage posait un problème religieux dans les baillages communs lorsqu'ils relevaient à la fois de cantons catholiques et de cantons protestants⁸. Cette situation obligea les cantons à trouver un terrain d'entente, en particulier en matière matrimoniale. Ils adoptèrent le principe de la parité, c'est-à-dire le libre exercice des deux confessions⁹. A vrai dire, c'était la reprise de la solution du canton de Glaris

⁶ RO (*Recueil officiel de lois et ordonnances de la Confédération suisse*) II, p. 127.

⁷ Voir par exemple la carte sur la répartition des catholiques et réformés en 1530 tiré de Henri GRANDJEAN et Henri JEANRENAUD, *Histoire de la Suisse*, vol. II, librairie Payot, Lausanne, 1969 (7^{ème} édition), p. 84 et les cartes suivantes : <http://icp.ge.ch/po/cliote/xve-et-xvie-siecle-renaissance-humanisme-et-reforme/suisse.reforme.zwingli.html> (consulté le 11 février 2014) ; Réforme catholique : <http://222.hls-dhss.ch/textes/f/F17177.php> ; Contre-Réforme : <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/f17178.php> (consultés le 22 février 2014) ; Johnan Caspar BLUNTSCHELI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, t. I, Zurich 1849, p. 295 ; Fritz FLEINER, *Die Entwicklung der Parität in der Schweiz – Ausgewählte Schriften und Reden* (Separatdruck aus der Zeitschrift für Schweizerisches Recht), Bâle 1901, p. 7 ; Rudolph STÄNZ, *Die Entwicklung der Parität im Kanton Aargau*, thèse droit Zurich, Zurich 1936, p. 15 not. 8 et 9.

⁸ On appelait baillages communs des pays sujets placés sous l'autorité de plusieurs cantons confédérés.

⁹ *Die Eidgenössischen Abschiede aus dem Zeitraume von 1529 bis 1582*, (dir. Johannes STRICKLER). *Der amtlicher Abschiedersammlung*, t. 4, 1b, Zurich 1876, p. 1585 ; Johnan Caspar BLUNTSCHELI, *Geschichte der Schweiz. Bundesrechtes*, t. II : *Urkundenbuch*, 1^{ère} éd., Zurich 1852, p. 269ss ; 280ss ; 285ss ; 290ss ; Daniela HACKE, « Church, Space and Conflict : Religious Co-Existence and Political Communication in Seventeenth – Century Switzerland » in *German History : the Journal of the German History Society* 25, 2006, p. 285-311 ; Francisca LOETZ et Dominik SIEBER, « Vivre la religion dans la Suisse de l'époque moderne » in Wolfgang KAISER éd., *L'Europe en conflits. Les affrontements religieux et la genèse de l'Europe moderne*, Rennes 2008, p. 79-100 ; *Dictionnaire historique de la Suisse (DHS)*, v^o « Glaris, canton », Bâle /Hauterive 2006, t. 5, p. 604-624 et « Parité confessionnelle » *Ibidem*, 2010, t. 9, p. 545-546.

qui se composait à la fois de communes catholiques, protestantes et mixtes¹⁰. Bref, l'archétype même de la diversité.

La population étant peu mobile, la question des mariages mixtes ne concernait qu'une minorité de personnes¹¹. Néanmoins, elle se posait et elle se révéla difficile à résoudre, car elle mit aux prises des doctrines inconciliables entre lesquelles les cantons se partagèrent quitte à les infléchir. Nous examinerons successivement les doctrines en matière de mariage mixte (A), puis nous en présenterons les solutions cantonales (B).

I. Les mariages mixtes avant 1850

A. Les doctrines en matière de mariage mixte

Le mariage étant à la fois affaire de religion et d'État, on distingue deux catégories de doctrines : d'une part les doctrines fondées sur la religion (1°), d'autre part la doctrine du mariage laïque (2°).

1. Les doctrines fondées sur la religion

C'est-à-dire la position de l'Église catholique, puis les doctrines des Églises protestantes (1.2). Ces doctrines comportent un trait commun : elles désapprouvent les mariages mixtes, mais sont obligées de composer avec.

1.1 Le droit canonique du mariage mixte

La solution pratiquée par l'Église catholique n'a pas été élaborée en un jour. Nous nous limitons ici à une présentation succincte des principes généraux

¹⁰ *Ibidem*, p. 289-90; Ferdinand ELSENER, « Das Majoritätsprinzip in konfessionellen Angelegenheiten und die Religionsverträge der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 16. bis 18. Jahrhundert » in : *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, XCIX Band der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Kanonische Abteilung LV*, Weimar 1968, p. 267; Markus René WICK, « „Der Glarnerhandel“ Strukturgeschichtliche und konfliktsoziologische Hypothesen zum Glarner Konfessionsgegensatz », Inauguraldissertation der Philosophisch-historischen Fakultät der Universität Bern zu Erlangung der Doktorwürde, Sonderabdruck in : *Jahrbuch der Historischen Vereins Glarus*, cahier 69, Glaris 1982, p. 108s, 113s, 120.

¹¹ Augustinus DE ROSKOVANY, *De Matrimoniiis mixtis inter catholicos et protestantes*, t. I : *Historiam matrimoniorum mixtorum tam universalem, quam particularem Hungariae, Transsilvaniae, et Austriae complectens*, Pestini 1842, § 2, p. 11 ; August KNECHT, *Katholischen Eherechts auf Grund des Codex Iuris Canonici und unter Berücksichtigung des Bürgerlichen Eherechts des Deutschen Reiches, Oesterreichs, Ungarns der Tschechoslowakei und der Schweiz*, Freiburg im Breisgau 1928, p. 282s.; Joseph CANDOLFI, *op. cit.*, p. 19 not. 60.

fixés par le Concile de Trente qui organisera la Contre-Réforme au milieu du XVI^e siècle. Ce droit est resté pratiquement inchangé jusqu'au Code de 1983.

Le droit canonique du mariage repose sur deux principes : un principe théologique – le caractère sacramentel du mariage¹² que nous ne traiterons pas ici – et une règle de droit canon, imposée par le célèbre canon *Tametsi* du Concile de Trente¹³, à savoir, la présence obligatoire du curé de la paroisse d'un des conjoints et de deux témoins lors de la célébration du mariage. Le Concile de Trente mettait ainsi un terme à des siècles de mariage consensuel et aux mariages clandestins¹⁴. Ces nouvelles règles compliquaient singulièrement le problème des mariages mixtes¹⁵. Il est vrai que la tradition et quelques textes interdisaient de tels mariages¹⁶, mais cet empêchement était de peu d'importance puisque le mariage reposant sur le simple consentement des parties ne nécessitait pas l'intervention de l'autorité ecclésiastique. Dès lors, « rien n'était plus aisé aux parties que de passer outre »¹⁷.

Si la présence obligatoire du curé n'était pas un problème dans les pays mono-confessionnels conformément au principe *cuius regio ejus religio* – un État une religion – il était, par contre, impossible de respecter cette règle dans les régions comme les Pays-Bas où cohabitaient depuis la Réforme, Protestants et Catholiques¹⁸. La situation s'avérait inextricable. La thèse du célèbre canoniste Van Espen amorça une solution¹⁹ : les mariages mixtes contractés devant un magistrat civil ou devant un ministre protestant étaient

¹² Le mariage symbolise l'union du Christ et de l'Eglise.

¹³ *Conciliariorum oecumenicorum decreta*, dir. Giuseppe ALBERIGO et autres, Bologne 1972, p. 755s.

¹⁴ Fritz FLEINER, *Die Tridentinische Ehevorschrift*, Leipzig 1892, p. 1 not. 2 et p. 2ss, not. 2, 5 et 7 ; AUGUST KNECHT, *op. cit.*, p. 614s; Louis Rudolf VON SALIS, *Die Publikation des tridentinischen Rechts der Eheschliessung*, Bâle 1888, p. 5ss, 16ss; Irène THÉRY, *Le démariage : justice et vie privée*, Paris 2001, p. 29.

¹⁵ MANSI, t. 33 col. 152 cité par JOSEPH CANDOLFI, *op. cit.*, p. 19 not. 57; Mario SINGER, *Die gemischten Ehen nach dem Rechte der katholischen Kirche*, thèse droit Zurich, Aarau 1927, pp. 14ss.

¹⁶ Adhémar ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, t. II, p. 224, not. 1, 3 et 4.

¹⁷ *Ibidem*, p. 225.

¹⁸ Fritz FLEINER, *Die Entwicklung der Parität in der Schweiz – Ausgewählte Schriften und Reden* (Separatdruck aus der Zeitschrift für Schweizerisches Recht), Bâle 1901, p. 38, 42ss, 49ss, 56; Mario SINGER, *op. cit.*, p. 23s.; Augustinus DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I, § 47-49, p. 77s.

¹⁹ 1646-1728 (http://fr.wikipedia.org/wiki/Zeger_Bernard_van_Espen (consulté le 11 février 2014) ; Zeger-Bernard VAN ESPEN, *Jus ecclesiasticum universale*, part. II, tit. XII, c.v. n° 32. Trois arguments étayent sa théorie : l'intérêt de l'Eglise et le salut des âmes ; l'impossibilité morale des calvinistes à se conformer aux règles du Concile de Trente et enfin la prohibition des mariages clandestins (Zeger-Bernard VAN ESPEN, *op.cit.*, c.v. n° 33-35)

valides²⁰ mais illicites²¹. Il proposait de remédier à ce problème par l'octroi d'une dispense. L'idée n'était pas nouvelle. Ce système avait déjà été pratiqué pour raison d'État²², mais c'est seulement au milieu du XVIII^e siècle que le Pape Benoît XIV, canoniste de renom et homme de conciliation²³, l'avalisa²⁴. Le 4 novembre 1741, le *décret Matrimonia quae* reconnaissait la validité des mariages sans la forme tridentine²⁵.

²⁰ Valide : le mariage existe en tant que sacrement.

²¹ Illicite : non conforme à la loi. (Augustinus DE ROSKOVANY, *op.cit.*, t. I, § 50, p. 83s.)

²² Toutefois, seul le bien public justifiait la dispense comme le rappelle encore le Pape Clément XI (1700-1721) : « Ecclesia siquidem ab hujusmodi conjugii quae plurium difformitatis nec parum spiritualis periculi prae se ferunt, abhorret. » (Johann KUTSCHKER, *Die gemischen Ehen vom katholischen Standpunkt betrachtet*, 3^{ème} éd. Vienne 1842, p. 301). Par exemple, le 30 décembre 1624 le Pape Urbain VIII accorda la dispense autorisant le mariage entre la princesse Henriette-Marie de France et Jacques I^{er}, futur roi d'Angleterre dans le but de favoriser le statut des catholiques d'Angleterre. L'accord du 10 novembre 1624 stipulait que la France se chargeait de demander la dispense auprès du St-Siège et l'Angleterre promettait que la future reine pourrait continuer d'exercer sa religion et que les enfants royaux seraient éduqués dans la religion catholique jusqu'à l'âge de 13 ans révolus (Friedrich KUNSTMANN, *Die gemischen Ehen*, Regensburg, 1839, p. 156s et 162s ; Johann KUTSCHKER, *op. cit.*, p. 304s. ; Augustinus DE ROSKOVANY, *op.cit.* t. I & 17, p. 21-23).

²³ Surnommé le Pape des Lumières et considéré comme le premier « pape moderne ». Voir par exemple les sites suivants : http://perso.numericable.com/gabriel.floricich/saint-ouen/pages/y-lista_papas.html ; http://books.google.fr/books?id=6KQAAAAcAAJ&pg=PA192&lpg=PA192&dq=%22de%20vous%20promener%20après%20votre%20&ots=TPajYdb9qv&sig=k_ov2VnJ1m03QcxsBGIDTMhyzG0&hl=fr&sa=X&ei=aLRVUcaBMvDs0gWVioHIBw&ved=0CDYQ6AEwBA#v=onepage&q=%22de%20vous%20promener%20après%20votre%20%22&f=false.

²⁴ *Bulle de Benoît XIV, du 19 février 1749, Encyclique « Annus qui hunc »*, Adhémar ESMEIN, *op.cit.*, p. 225.

²⁵ Dénommé aussi la *déclaration bénédictine* ou *constitution bénédictine* « dolens imprimis quam maxime Sanctitas Sua, eos inter catholicos, qui insano amore turpiter dementati, ab hisce detestabilibus connubiis, quae S. Mater Ecclesia perpetuo damnavit atque interdixit, ex animo non abhorrent, et prorsum sibi abstinendum non ducunt, laudansque magnopere zelum Antistitum qui severioribus propositis spiritualibus poenis catholicos coercere student, ne sacrilego hoc vinculo sese haeretici conjungant, Episcopos omnes, Vicarios apostolicos, Parochos, Missionarios et alios quoscumque Dei et Ecclesiae fideles ministros in his partibus degentes serio graviterque hortatur et monet ut catholicos utriusque sexus ab hujusmodi nuptiis, in propriarum animarum perniciem ineundis, quantum possint, absterreant, easdem nuptias omni meliori modo intervertere atque efficaciter impedire satagant. At si forte aliquot hujusmodi matrimonium, Tridentini forma non servata, ibidem contractum jam sit, aut in posterum (quod Deus avertat) contrahi contingat, declarat Sanctitas Sua, matrimonium hujusmodi, alio non occurrente canonico impedimento, validum habendum esse, et neutrum ex conjugibus, donec alter eorum supervixerit, nullatenus posse, sub obtentu dictae formae non servatae, novum matrimonium inire. Id vero debere sibi potissime in animum inducere conjugem catholicum, sive virum sive

En résumé, les mariages mixtes sont possibles moyennant une dispense du Pape et à la condition expresse que les enfants soient élevés dans la religion catholique²⁶. Aujourd'hui, la solution est toujours la même mais a été considérablement assouplie : la dispense est accordée tacitement par le curé lors de l'entretien avec les futurs époux et la promesse d'élever les enfants dans la religion catholique est devenue un engagement de s'efforcer d'élever chrétiennement les enfants²⁷. Mais au XIX^e siècle, cette solution était encore loin d'être partagée par tous les catholiques et se heurtait à l'opposition d'une partie de la hiérarchie ecclésiastique²⁸ et des autorités civiles. Pour preuve, un ouvrage sur les mariages mixtes cosigné par le vicaire épiscopal et l'évêque de Sion en 1893 : « Mes chers paroissiens, si je viens vous parler contre les mariages mixtes, si je viens dire aux parents : Veillez et priez afin que vos enfants ne fassent jamais des mariages mixtes; n'allez pas conclure que je n'aime pas les protestants. Rachetés, comme nous, au prix du sang de Jésus-

feminam, ut pro gravissimo scelere, quod admisit, paenitentiam agat, ac veniam a Deo precetur, coneturque pro viribus alterum conjugem a vera fide deerrantem ad gremium catholicae Ecclesiae pertrahere, ejusque animam lucrari, quod proro ad veriam de patrato crimine impetrandam opportunissimum foret, sciens de caetero ut mox dictum est, se istius matrimonii vinculo perpetuo ligatum iri » (Joseph CANDOLFI, *op. cit.*, p. 21-22 ; Johann KUTSCHKER, *op. cit.*, p. 317s.)

²⁶ Luigi CAMPANA, *op. cit.*, p. 30-31, 33-35; August KNECHT, *op. cit.*, p. 205s, 302s.

²⁷ Can. 1124 « Le mariage entre deux personnes baptisées, dont l'une a été baptisée dans l'Eglise catholique ou y a été reçue après le baptême, et qui ne l'a pas quittée par un acte formel, et l'autre inscrite à une Eglise ou à une communauté ecclésiale n'ayant pas la pleine communion avec l'Eglise catholique, est interdit sans la permission expresse de l'autorité compétente », et can. 1125 : « L'Ordinaire du lieu peut concéder cette permission s'il y a une cause juste et raisonnable; il ne la concèdera que si les conditions suivantes ont été remplies : 1. la partie catholique déclarera qu'elle est prête à écarter les dangers d'abandon de la foi et promettra sincèrement de faire tout son possible pour que tous les enfants soient baptisés et éduqués dans l'Eglise catholique; 2. l'autre partie sera informée à temps de ces promesses que doit faire la partie catholique, de telle sorte qu'il soit établi qu'elle connaît vraiment la promesse et l'obligation de la partie catholique; 3. les deux parties doivent être instruites des fins et des propriétés essentielles du mariage, qui ne doivent être exclues ni par l'un ni par l'autre des contractants » ; *Les dossiers de mariage. Vade mecum* sur le site internet de l'Evêché de Lausanne, Genève et Fribourg : <http://www.diocese-lgf.ch/documents/formulaires/mariages.html>, en particulier la demande de dispense d'empêchements de mariage (forme canonique/disparité de culte), consulté le 11 février 2014 ; Voir également *La célébration œcuménique du mariage* éditée par le Conseil de la Fédération des Eglises protestantes de la Suisse, la Conférence des évêques suisse, l'évêque et le Conseil synodal de l'Eglise catholique-chrétienne de Suisse, Fribourg, 1994.

²⁸ Jusqu'à certains papes et ceci encore au XX^e siècle. Ex. Le fameux décret *Ne Temere* et les pays anglais, édité par Pie X le 2 août 1907 qui déclare que le mariage de deux époux, l'un protestant et l'autre catholique, s'il n'est pas célébré dans l'Eglise romaine, doit être considéré comme nul et non avenue, et les enfants issus de ce mariage comme des enfants illégitimes .

Christ, les protestants sont nos frères, et nous devons les aimer comme tous les hommes. Mais, c'est pour votre Curé un devoir, et l'un de ses premiers devoirs, de vous signaler les dangers qui pourraient affaiblir votre foi et menacer votre salut »²⁹.

En Suisse, il faudra attendre le 19 juillet 1970 pour que les Églises catholique et réformées parviennent à un accord général³⁰.

1.2 Les doctrines protestantes

Par souci de simplicité, nous nous limitons à la présentation du point essentiel de la doctrine protestante : le mariage n'est pas un sacrement³¹. De ce fait, il relève de l'autorité civile compétente et le divorce est admis. Tous les grands Réformateurs, Luther, Calvin, Oecolampade et Zwingli pour n'en citer que quelques-uns, professent ce principe. La négation du caractère sacramentel du mariage est l'élément majeur de discordance entre catholiques et protestants.

1^{ère} conséquence : le droit matrimonial est du ressort de l'État³². Comme l'explique Luther « autant de pays, autant de coutumes, dit le proverbe, par conséquent, puisque le mariage et l'état de mariage sont choses du siècle, il ne nous appartient point, à nous religieux ou serviteurs de l'Église, de rien

²⁹ Jules ABBET, *Un mot sur les mariages mixtes, dédié à ses paroissiens*, Introduction, Sion 1893, p. 3.

³⁰ Suite au motu proprio « Matrimonia mixte » de Paul VI (31 mars 1970 et entré en vigueur le 1^{er} octobre de cette année (v. D.C. n° 1563, 17 mai 1970, p. 453ss.). Il suffit de consulter les médias de l'époque pour constater l'urgence et la nécessité d'un tel accord (Edouard DISERENS, « Mariages mixtes : Rome pourrait assouplir ses dures exigences » *Gazette de Lausanne*, 29 mars 1963 ; « Publication commune d'un document consacré aux mariages mixtes » *Gazette de Lausanne*, 20 juillet 1967 ; Cardinal DOEPFNER, archevêque de Munich, « Les mariages mixtes sont une vraie croix pour les relations entre chrétiens » (D. C. n° 1422 – 21 février 1965, col. 302). Ajoutons que la situation helvétique n'est pas un *Sonderfall*. Voir par exemple la rubrique « Événements et Informations » de la *Documentation catholique* relatant la première célébration conjointe d'un mariage mixte aux États-Unis (D.C. n° 1430- 16 août 1964, col 1049).

³¹ « Le mariage n'est pas un sacrement institué par Dieu, mais inventé dans l'Eglise par des hommes guidés autant par l'ignorance des choses que par celle des mots » (LUTHER, « De la captivité de l'Eglise à Babylone » in Pierre BELS, *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685 – Fondements doctrinaux et pratique juridique*, thèse Paris 1968, p. 49 n. 83.

³² C'est ainsi que Zurich sera la première ville à avoir un tribunal paritaire composé de deux ecclésiastiques et de deux représentants (petit et grand Conseil) à statuer sur les mariages (Pius HAFNER, *Die Mischehe und deren Scheidung kraft Bundesrecht im ersten Bundesstaat (1848-1874)*, Schriftliche Arbeit zur Erlangung des Grades eines Lizentiaten der Philosophischen Fakultät der Universität Freiburg i/Ue, Uffikon 1978, p. 27).

ordonner ou réglementer à ce sujet ; mais il faut laisser chaque ville et chaque pays suivre en cela leurs usages et coutumes tels qu'ils se comportent »³³.

2^{ème} conséquence : le divorce est admis³⁴. Toutefois, ce consensus doctrinal ne signifie pas identité de pratique comme le révèle l'étude jurisprudentielle des tribunaux matrimoniaux genevois et zurichois. La doctrine de Calvin demeure très restrictive en matière de divorce. Par exemple, la disparité de culte est un motif de divorce. La doctrine de Zwingli est plus souple comme le démontre la législation zurichoise considérée comme avant-gardiste au XIX^e siècle³⁵.

Qu'en est-il des mariages mixtes ?

Luther commence par les admettre comme une conséquence de la suppression de tous les empêchements à mariage : « de même que je puis dormir, marcher, aller à cheval, trafiquer, parler et traiter avec un païen, un juif, un Turc, un hérétique, ainsi je puis me marier avec lui. Envoie donc promener avec leurs lois les idiots qui s'y opposent »³⁶. Mais Luther change très vite d'avis et va s'opposer vigoureusement aux mariages mixtes pour la même raison que Calvin : il faut préserver l'unité de la foi³⁷. Cette réprobation perdurera jusqu'au milieu du XX^e siècle³⁸. Certains pasteurs

³³ Martin LUTHER, *Les livres symboliques*, n° 11, éd. « Je Sers », Paris 1947, p. 50.

³⁴ Si pour les catholiques le mariage est indissoluble, une solution existait tout de même en cas de cohabitation impossible : la séparation de « toit, table et lit », c'est-à-dire, la séparation de corps. Par exemple, Fribourg : art. 130-147 CCC FR (1835) ; Valais : § 154 CC VS ; Lucerne & 406 BGB (1832).

³⁵ Pius HAFNER, *op. cit.*, p. 26-27. Par exemple, le Mandat zurichois de 1525 (ZSR AF IV, p. 64) est la source de la cause indéterminée du divorce retenue par l'ancien art. 142 du Code civil suisse : « Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. »

³⁶ «Wie ich nu mag mit eym heyden, Juden, Turcken, ketzer essen, trincken, schlaffen, gehen, reyten, kauffen, reden und handeln, alßo mag ich auch mit yhm ehelich werden und bleyben, und kere dich an der narren gesetze, die solchs verpieten, nichts . Man findt wol Christen, die erger sind ym unglawben ynnewendig (und der das mehrer teyll) denn keyn Jude, Heyde odder Turcke [Bl. Bij] odder ketzer. Eyn heyde ist eben ßo wol eyn man und weyb von gott wol und gutt geschaffen als S. Peter und S. Paul und S. Lucia,] schweyg denn als eyn loßer, falscher Christ.» (Extrait tiré de : Martin LUTHER, « Vom ehelichen Leben 1522 » , in : *Martin Luthers Werke. Kritische Gesamtausgabe*, t. 10, 2, Weimar 1907, p. 283 (texte dans langue originale).

³⁷ Ainsi, au XVIII^e siècle, un agenda des calvinistes condamne sans ambages les unions mixtes en se fondant sur les interdictions de l'Ancien Testament. Les mariages mixtes sont seulement des occasions de « perversion pour des chrétiens » mais en plus « l'éducation confessionnelle des enfants n'est pas assurée » (Augustinus DE ROSKOVANY, *op.cit.*, t. II, p. 505 et 706).

³⁸ Jusqu'au milieu du XX^e siècle les mariages mixtes demeurent réprouvés : « la parfaite communauté de vie des époux n'est pas possible, comme l'exige l'idée morale et religieuse du mariage, parce que la famille qui y est fondée est soumise à l'influence

vaudois pourront affirmer sans ambages : « S'engager dans un mariage mixte, c'est manquer de maturité et faire fi de ses responsabilités »³⁹.

2. La doctrine du mariage laïque

Il nous reste à présenter la doctrine de l'État qui introduit le mariage civil indépendamment de toute considération religieuse. C'est le principe de la sécularisation du mariage. Le problème des mariages mixtes est ainsi radicalement éliminé et c'est cette solution qui l'emportera dans la seconde moitié du XIX^e siècle.

A cet égard, la Révolution française fut l'élément politique déterminant. Elle changea définitivement la donne en laïcisant le mariage et écarta de ce fait les empêchements religieux⁴⁰. Cette idée a des racines anciennes. En contestant le caractère sacramentel du mariage, les Réformateurs avaient ouvert la voie mais sans véritablement l'exploiter.

Sous l'Ancien Régime, l'état civil était entre les mains des ecclésiastiques qui assuraient les tâches d'officiers d'état civil, souvent sur mandat de l'État, mais, de par leur condition, ils n'étaient guère « objectifs » et entravaient fréquemment les mariages mixtes.

des deux églises qui se combattent, et parce que des difficultés presque insurmontables en résultent pour l'éducation religieuse des enfants, aucune église confessionnelle ne peut les voir avec plaisir, elle est plutôt obligée de les déconseiller » (HERZOG, *Realenzyklopedie für protestantische Theologie und Kirche*, art. *Mischehe*, cité par Joseph CANDOLFI, *op. cit.*, p. 70 not. 140); «Wir haben darum keine Möglichkeit, die Mischehe als Sünde zu bezeichnen. Wir haben nicht das Recht, sie an sich schon als einen Abfall vom evangelischen Glauben zu behandeln. Und wir wollen uns hüten, sie auch unsererseits „das Grab des evangelischen Glaubens“ zu nennen . . . Wir haben also keinerlei Machtmittel gegen die Mischehe, weder innere noch äussere. Wir haben nur zwei Mittel : Eine wirklich evangelische Erziehung wie sie weithin fehlt, und dann im Besonderen : Klare Einsicht in das Wesen der Ehe, in die Risiken die Mischehe und zeitige gründliche Aufklärung der jungen Glieder unserer Kirche» (Rudolf HIRZEL, «Gemischte Ehe», in *Schriftreihe der Protestantischen Eheberatung St. Gallen*, cahier III, Saint-Gall 1949, p. 11-12).

³⁹ Gérard GUIROLAN : « Les enjeux de la prévention des mariages mixtes 1840-1950 » in *Revue d'histoire ecclésiastique suisse*, 96^e année, Fribourg 2002, p. 94.

⁴⁰ De ce fait, la papauté est obligée de faire des compromis et le Pape Pie VI permet aux catholiques de se présenter devant les magistrats civils tout en leur rappelant le caractère purement formel de cette démarche qui ne remplaçait en aucun cas le mariage religieux qui seul était « légitime » (Joseph CANDOLFI, *op.cit.*, p. 25 ; Augustinus DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I & 70, p. 127).

En 1781⁴¹, l'empereur Joseph II fut le premier à imposer le mariage civil en plus du mariage religieux pour l'Autriche et ses États. Il créa ainsi l'état civil laïque⁴². Le roi de France, Louis XVI, l'imita en 1787 en faveur des protestants⁴³. Ceux-ci étaient autorisés à faire enregistrer leur mariage par le curé. En cas de refus, ils pouvaient s'adresser au principal juge – soit royal, soit seigneurial – du domicile de l'une des parties, c'est-à-dire un laïque⁴⁴. Quatre ans plus tard, en 1792, la Révolution imposa l'état civil séculier à l'ensemble des citoyens⁴⁵. Solution que consacrera à son tour, en 1804, le Code Napoléon⁴⁶. Désormais, si les conjoints souhaitaient une cérémonie religieuse, celle-ci ne pouvait avoir lieu qu'après la célébration civile. C'était une conséquence logique de l'abandon du régime de la religion d'État mais aussi un moyen de garantir la liberté de conscience et de croyance. De ce fait, le problème des mariages mixtes était relégué au second plan. Ce principe sera peu à peu adopté par toute l'Europe, y compris la Suisse, mais tardivement. Il est vrai que la République Helvétique avait introduit le mariage civil et l'état civil laïc obligatoire en 1798⁴⁷ sans avoir eu le temps de

⁴¹ Le 4 septembre 1781 (August KNECHT, *op. cit.*, p. 208; <http://www.jku.at/kanonistik/content/e95782/e95785/e95786/e95794/e104396/e103371/TextEhepatent1783.pdf>)

⁴² La législation impériale imposera ses vues de façon drastique au clergé très réticent (August KNECHT, *op. cit.*, p. 287 ; Mario SINGER, *op. cit.*, p. 70ss.; Augustinus DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I, § 54, p. 92s; Voir également Joseph II et les Pays-Bas : http://reflexion.ulg.ac.be/cms/c_9471/joseph-ii et *Une analyse critique de la politique de Joseph II* par l'Abbé Vincent RICHARD : <http://www.revue-kephas.org/02/3/Richard115-124.html> (consulté le 6 février 2014 et 7 août).

⁴³ *Edit concernant ceux qui ne font pas profession de la religion catholique, Versailles, novembre 1787*. Reg. Au Parlement de Paris le 29 janvier, de Grenoble 5 mars, d'Alsace le 27 février 1788 (R.S.C) in : ISAMBERT, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. 28, p. 42-482)

⁴⁴ Art. 12 : « En cas que les parties ne jugent pas à propos de s'adresser auxdits curés ou vicaires, ou en cas de refus desdits curés ou vicaires, les bans seront publiés les jours de dimanche ou de fêtes commandées, à la sortie de la messe paroissiale, par le greffier de la justice principale du lieu, en présence du juge ou de celui qui sera par lui commis ». Art. 14 : « Ne pourront non plus les déclarations de mariages, dont il sera ci-après parlé, lorsqu'elles ne seront pas faites par devant les curés ou vicaires, être reçues par aucun autre juge, que par le premier officier de la justice soit royale, soit seigneuriale dans le ressort, duquel sera situé le domicile de l'une des parties. »

⁴⁵ *Le décret des 20-25 septembre 1792* est la suite logique du principe énoncé par la Constitution de 1791 : « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » (art. 7).

⁴⁶ Art. 65 : « Le mariage est célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties. »

⁴⁷ *L'Édit du 29 août 1798* lève les sanctions relatives aux mariages mixtes : « Les conseils législatifs considérant que toutes les lois ci-devant gouvernements suisses qui défendraient les mariages entre individus qui ne professeraient pas la même religion, sont abolies par le décret du 23 juillet ordonnant : « Tous les citoyens helvétiques, qui en suite d'un mariage avec une personne de religion différente,

le mettre en œuvre. Au reste, le principe unitaire et centralisateur de l'Helvétique était encore trop contraire à l'esprit fédéraliste suisse⁴⁸. Sous la Restauration, le canton de Genève l'adopta en 1821⁴⁹ pour les mariages catholiques mais dut l'abandonner dans les anciennes communes françaises et sardes dès 1824⁵⁰.

C'est seulement en 1850 que la Confédération adoptera le mariage civil mais, uniquement pour les mariages mixtes, et il faudra attendre la révision de la Constitution fédérale de 1874 pour sa généralisation à l'ensemble des citoyens.

auraient perdu leurs droits de bourgeoisie, sont réintégrés dans ce droit, dont ils étaient possesseurs avant leur mariage. » La République helvétique introduit, en 1798, la liberté au mariage « Les conseils législatifs ordonnent : Que dès à présent toutes les lois des ci-devant gouvernements suisses qui défendaient le mariage entre personnes de religions différentes, ou du moins y apportaient des obstacles sont entièrement abolies, comme contraires à la constitution »

(<http://books.google.ch/books?id=9iQVAAAAQAAJ&pg=PA336&lpg=PA336&dq=helvétique%29+août+1798&source=bl&ots=Tninh5iDf&sig=nkiSw8-DmhUy8VkrXkbm0hdNIyE&hl=fr&sa=X&ei=rn4UVM-nlojmywO8wIL4Dw&ved=0CDMQ6AEwAw#v=onepage&q=helvétique%2029%20août%201798&f=false> ;

http://books.google.ch/books?id=YZUBAAAAQAAJ&pg=PA205&lpg=PA205&dq=%22helvétique%22+%2229+août+1798%22&source=bl&ots=RD4SI1qS4N&sig=2SUO8ELuVJEAhT_n7VckFvvW4S0&hl=fr&sa=X&ei=jIAUVOCUGKrXyQOI5ILIAg&ved=0CC0Q6AEwAw#v=onepage&q=%22helvétique%22%20%2229%20août%201798%22&f=false).

⁴⁸ Alfred KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, traduit par Alain PERRINJAQUET et Sylvie COLBOIS en collaboration avec Alfred DUFOUR et Victor MONNIER, Berne 2006, p. 67 ; William Emmanuel RAPPART, « Considérations historiques sur la Constitution fédérale de 1848 » in *Revue Universitaire Suisse*, 21^{ème} année, Quatrième numéro, p. 165.

⁴⁹ *Loi sur le mariage de 26 décembre 1921*, in : *Recueil authentique des lois et actes du Gouvernement de la République et Canton de Genève*, t. VII, 1821, p. 248-49.

⁵⁰ *Arrêté du Conseil d'Etat. En exécution de la loi du 24 janvier 1824, du 16 février 1824*, in : *Recueil authentique des lois et actes du Gouvernement de la République et Canton de Genève*, t. X, 1824, p. 17-19. Voir en particulier Alfred DUFOUR, « Mariage civil et Restauration » in *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, recueil d'études édités par Sylvie GUICHARD-FRIEDORF, Bénédicte WINIGER, Victor MONNIER, Avant-propos de Robert ROTH, Zurich / Bâle / Genève / Bruxelles 2003, p. 152-176; Michel ORIS, Gilbert RITSCHARD, Olivier PERROUX, « Le pluralisme religieux croissant à Genève dans la première moitié du XIX^e siècle. Une exploration des dynamiques sous-jacentes » in *L'apprentissage du pluralisme religieux. Le cas genevois au XIX^e siècle*, dir. Frédéric AMSLER et Sarah SCHOLL, Fribourg / Genève / Paris / Montréal 2013, p. 46-47.

B. Les solutions cantonales au problème des mariages mixtes

Si le problème des mariages mixtes n'avait été qu'une question religieuse, nous pourrions en rester là : le droit canon, les hésitations doctrinales protestantes et le cas des Pays-Bas démontrent que des solutions existaient. Néanmoins, ce serait oublier la composante étatique, car la question des mariages mixtes relève des rapports entre l'Église et l'État.

En Suisse, encore dans la première moitié du XIX^e siècle, les cantons pratiquaient le régime de la religion d'État. Ils encadraient la religion dans un statut de droit public et s'accordaient même le droit d'intervenir dans la doctrine des Églises comme le rappelle *Le Courrier du Valais* en 1850 : des gouvernements cantonaux interdisaient des mariages que le pape avait autorisés⁵¹.

Face aux mariages mixtes, les cantons pratiqueront deux politiques, soit celle de l'interdiction des mariages mixtes (1^o), soit celle d'une voie paritaire (2^o) mettant les deux confessions plus ou moins sur pied d'égalité et admettant les mariages mixtes. Il est à relever que certains cantons passèrent d'une politique à l'autre.

1. La politique d'interdiction

Schématiquement, en Suisse, le problème des mariages mixtes ne se posera guère avant le XIX^e siècle vu le cloisonnement des cantons et des populations. En effet, depuis le XVI^e siècle, la majorité des cantons tant protestants que catholiques interdisait les mariages mixtes au nom de l'unité confessionnelle⁵². Cela signifiait que le mariage n'était valable que si les

⁵¹ « Les gouvernements cantonaux, qui comme celui du Valais, devaient de par la loi, s'opposer souvent à la célébration de mariage que le St-Siège avait autorisés. Le cas se présentait plus souvent qu'on le pense. Nous avons vu parfois des fiancés bien en règle avec l'église, éconduits par l'autorité civile, parce qu'ils appartenaient à des communions différentes. Dans leur dépit bien naturel, ils ne se faisaient point faute de s'écrier que le pouvoir séculier était plus catholique que le pape ! » (*Le Courrier valaisan*, 24 juillet 1850, n° 60). Notons encore que les autorités civiles se plaignirent à plusieurs reprises de l'attitude de l'Église face aux mariages. (Aloys CHERPILLOD, *Le Heimatlosat en droit suisse*, thèse droit Lausanne, Lausanne, 1906, p. 17-18). Par exemple, les rapports des autorités fribourgeoises sont sans équivoques : « L'inconséquence avec laquelle on (le Saint-Siège) bénit le mariage des étrangers (...) est extraordinaire » (AEF DFC 7, 1^{er} novembre 1835, p. 215) et le Petit Conseil sommera l'Evêque de « ne s'écarter jamais des mesures prescrites pour régulariser dans le Canton les mariages des Etrangers » (AEF, Répertoire des relations Eglise-Etat 1788-1848, Rr3, 1809, p. 389.)

⁵² Augustinus DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I, § 2, p. 2-3, § 8, p. 10; Mario SINGER, *op. cit.*, p. 51s.

conjoints appartenaient à la confession officielle⁵³ du canton et l'État punissait les contrevenants de diverses sanctions, telles que perte des droits civiques, bannissement, confiscation des biens et amendes⁵⁴.

Voici quelques exemples qui illustrent la rigueur de cette politique :

Le Valais refusera purement et simplement jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 3 décembre 1850, toute possibilité de mariage avec un conjoint non catholique, malgré un précédent fort célèbre. L'histoire est peu banale : en 1573, l'évêque de Sion autorisa le mariage de sa propre sœur avec un Réformé. Le scandale dépassa les frontières et nécessita l'intervention du pape Grégoire XIII qui réprimanda vivement l'évêque : « C'est avec horreur que nous avons appris d'hommes sérieux et dignes de foi que toi, un évêque, c'est-à-dire, un pasteur des brebis du Christ, tu te lies d'amitié et affinité avec des hérétiques, c'est-à-dire avec des loups. Ce qui est indigne du mercenaire, l'est à plus forte raison du pasteur : bien qu'il ait abandonné ses brebis, celui-là n'a pas bravé les loups et il ne s'est pas exposé au danger, mais comme dit Notre-Seigneur, il voit venir le loup et il s'enfuit : or toi, tu invites les loups à prendre leur proie, tu leur offres des brebis à dépecer... »⁵⁵.

Un exemple fribourgeois illustre la dureté de cette politique et l'intransigeance des autorités. Un Bernois converti au catholicisme et accusé de prosélytisme se réfugia à Fribourg. Par rétorsion, les autorités bernoises ne transmirent jamais ses papiers d'origine et Fribourg ne fit rien, même pour ses enfants qui depuis leur enfance vivaient dans le canton. Pire, soixante ans plus tard, les autorités fribourgeoises réduisirent Samuel, le fils, à l'état de *Heimatlos*⁵⁶, c'est-à-dire d'étranger dans son propre pays⁵⁷.

⁵³ *Ibidem*, op. cit., p. 17 not. 23.

⁵⁴ Par exemple, à Zurich, le *Mandat wegen Abfall zur Römisch-Catholischen Religion* du 22 mars 1755 était sans ambages : « Einer oder Eine, welche die heilige reformierte Religion abgeschworen, und zu der römisch-katholischen sich bekennt, von Stund an ihr bis dahin besessen, hiesiges Burger- oder Land-Recht verwirkt, folglich zu einich – davon abhängenden Freyheiten, Gerechtigkeiten, Nuzen, oder Vorteil, was Gattung, Namens und Art es immer seyn möchte, weder in noch aussen Landes, den mindesten Zugang keineswegs haben, sondern gänzlich davon ausgeschlossen sein soll » (*Mandat wegen Abfall zur Römisch-Catholischen Religion*, Mandat v. 22 Merz 1755, in *Sammlung Bürgerlicher und Policey-Gesetze und Ordnungen Löblicher Stadt und Landstadt Zürich*, t. 2, p. 271s).

⁵⁵ Augustinus DE ROSKOVANY, op. cit. t. IV, p. 26.

⁵⁶ Le protocole de la direction de la police centrale est sans équivoque : « Parmi les individus d'Origine Etrangère à ce canton qui habitent la ville de Romont, et dont l'Etat politique n'a pas encore été fixé, se trouve le Nommé Blanc, dont le Père, venu, à ce que l'on dit, de la Préfecture de Schwarzenbourg, s'était catholisé. Samuel Blanc, âgé de soixante et quelques années n'est pourvu d'aucuns papiers ; il est à Romont depuis son enfance, et y est resté continuellement à l'exception de quelques années, pendant lesquelles il a été à Romanens. Il se maria à Romont, il y environ 27 ans avec

Toutefois, ce cas est loin d'être isolé. Le canton de Zurich, patrie de Zwingli, alla encore plus loin. En 1793, soit juste un an après la proclamation du mariage civil en France, c'est une affaire digne de Roméo et Juliette qui occupa les autorités zurichoises. Un notable de la cité sommé de choisir, avait opté contre toute attente pour l'exil et la perte de ses biens plutôt que de renoncer à son amour pour une catholique d'Einsiedeln. Afin de prévenir le renouvellement d'une telle situation, les autorités zurichoises entreprirent de surveiller étroitement les femmes catholiques qui venaient travailler et réduisirent la durée de leur permis d'établissement. La sauvegarde de la foi était à ce prix⁵⁸!

Claire Comte, de laquelle il n'y eut qu'une fille, qui est actuellement mariée avec un Savary, de Sâles, et qui par ce mariage a acquis un droit de Bourgeoisie dans le canton. Samuel Blanc ne possède rien, mais sa femme a quelques biens de son Mobilier. Les Epoux vivant des ventes des Biens de la Femme et du produit de leur travail. Le mari n'a d'autres Etat que celui des journaliers. La Direction de Police Centrale, bien convaincue de l'Impossibilité de retrouver pour les Jugaux Blanc un Droit d'origine et de Bourgeoisie à l'honneur de proposer à L.L. E. E. M. C. Pb. Mgrs. Du Conseil D'Etat de les ranger dans la classe des Heimtathlosen appartenant à ce canton et de les tolérer comme tels, à teneur de la loi y relative» (AEF, DCP Ia 4, 24 mars 1820, p. 4-5). Précisons que Schwarzenbourg était un baillage commun de Berne et Fribourg. Si, officiellement le régime était celui de la parité, chaque canton s'efforçait de privilégier sa religion. Il en sera de même dans les autres baillages communs entre Berne et Fribourg. Le cas est patent. Berne avait la prééminence en matière de religion » par rapport à Fribourg » (AEF, FN (Fond Nidegger), dossier I, pièce 41° et Coll. Schneuwly, carton X. 13 (Nidegger)). Il semble que le canton de Fribourg ait reçu un bon nombre de personnes converties au catholicisme et se trouvant désormais dépourvues de patrie du fait de leur « catholicisation ». De ce fait, par un *arrêté (relatif aux abjurations et au prosélytisme) du 30 septembre 1811*, les abjurations étaient soumises à l'aval du Petit Conseil qui les refusait aux personnes sans droit de bourgeoisie ou sans promesse d'une réception communale (AEF SL2e I n° 6, Arrêté du 30 septembre 1811, p. 444-446 ; AEF GCI 1, Protocole du Grand Conseil, 11 décembre 1811, p. 256s.) et *La loi du 4 janvier 1828 sur les heimatlos qui se mariaient à l'étranger* (AEF, SL, 2^e, n°11, Loi du 4 février sur les heimatlos qui se mariaient à l'étranger, p. 111-115).

⁵⁷ « Il existe au milieu de notre société, une classe de parias qui, sous le rapport politique, est entièrement hors la loi, et sous le rapport civil en partie, puisqu'ils ne jouissent d'aucun droits de communage ou de co-propriété, et, qui plus est ne peuvent se marier » (*Journal du canton de Fribourg*, 22 avril 1831). Même le Grand Conseil admettait que la défense du mariage est une mesure « inhumaine, extrêmement nuisible à la moralité et qu'elle n'atteindra pas le but, d'autant que les heimatlos se perpétueraient par des voies illicites » (AEF, *Protocole du Grand Conseil*, 10 novembre 1811, p. 256). Cependant, l'interdiction de se marier perdurera jusqu'en 1850 (*Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 20 septembre 1850*, FF II 3 nr. 46, p. 13).

⁵⁸ Comme le témoigne une décision du *Ehegericht zurichois de 1794*, le Mandat du 22 mars 1755 servit de motivation (*Mandat wegen Abfall zur Römisch-Catholischen Religion Mandat v. 22 Merz 1755*, in *Sammlung Bürgerlicher und Policy-Gesetze und Ordnungen Löblicher Stadt und Landstadt Zürich*, t. 2, p. 271s.) et était toujours

De telles intransigeances perdurèrent jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi fédérale sur les mariages mixtes du 3 décembre 1850*, voire au-delà.

2. La solution paritaire

La solution paritaire consiste à accorder une place plus ou moins grande à l'autre confession et de ce fait, à admettre les mariages mixtes.

Cette politique s'imposa par nécessité dans certains cantons, et en Suisse, elle fut essentiellement mise en œuvre par des concordats⁵⁹. Toutefois, elle se heurta au problème de l'éducation religieuse des enfants.

Nous verrons successivement : la nécessité de la solution paritaire (2.1), la mise en œuvre de la politique paritaire (2.2) et la pierre d'achoppement : l'éducation religieuse des enfants (2.3).

2.1 La nécessité de la solution paritaire

La nécessité de cette solution est due au fait que dans certains territoires plus ou moins vastes, les populations catholique et réformée cohabitaient et étaient soumises à une autorité commune, comme par exemple la Flandre que nous avons évoquée. Les unions mixtes étaient inévitables. En Suisse, les Églises et les cantons s'inspirèrent de deux précédents : les baillages communs et les remaniements territoriaux des États allemands au début du XIX^e siècle que nous rappelons brièvement.

Dans les baillages communs, l'introduction du principe de la parité ne mit pas fin aux hostilités entre catholiques et protestants. Au contraire, la cohabitation s'avéra difficile, chacun cherchant à imposer sa confession⁶⁰. En

en vigueur et cela cinq ans après la Révolution française (*Protokolle des Ehegerichtes du 31 juillet 1794* : « Diejenige Mann's-Personen aber, welche an catholische Weiber sich verheyrathen, sollen von der Zeit an, bis entweder ihrer Ehegenossin zu dem Reformierten christlichen Glauben sich bekennen, folgsam hiesiger Kirche sich öffentlich einverleiben, oder bis selbige mit Tod abgehn, weder in hiesiger Stadt noch Landschaft wohnen mögen, noch einiger von hiesigem Burger- oder Landrecht herrührend-oder abhangender Freyheiten Gerechtsamen, Vortheilen und Genusses, weder inner noch ausser Landes fähig, sondern davon ausgeschlossen heissen und seyn »).

⁵⁹ Le Concordat Helvétique du 26 juin 1529 impose, pour la première fois, le principe de la parité, (*Die Eidgenössischen Abschiede aus dem Zeitraume von 1529 bis 1582*, (dir. Johannes STRICKLER). *Der amtlicher Abschiedersammlung*, t. 4, 1b, Zurich 1876, p. 1478s. nr. 8 ; Fritz FLEINER, *Die Entwicklung der Parität in der Schweiz*, p. 99 ; Rudolf STÄNZ, *op. cit.*, p.14).

⁶⁰ Si la seconde paix de Cappel en 1531 reconnaissait le principe de la parité aux communes, la concrétisation était des plus laborieuses. Dans certaines régions, l'épouse n'avait pas d'autres choix que d'adopter la religion de son mari. Plusieurs

1632, sous la menace des troupes de Gustav Adolf massées aux portes de Constance, les autorités furent contraintes d'accepter l'arbitrage de Baden⁶¹ dont l'objet était de juguler ces chicanes incessantes. Ce texte est important car pour la première fois dans notre pays, un accord intercantonal traitait du problème des mariages mixtes. Ce compromis tenait les mariages mixtes pour acquis et désignait le juge compétent pour connaître de leur contentieux⁶².

Nous en venons aux remaniements territoriaux des États allemands au début du XIX^e siècle. Ces derniers firent l'objet de restructurations territoriales d'une grande ampleur qui aboutirent à la création de la Confédération du Rhin en 1814 qui dut adopter une politique paritaire⁶³. Tout commença avec la Paix de Bâle en 1795. La Prusse dut céder la rive gauche du Rhin à la France et reçut en compensation les terres de l'évêché de Munster⁶⁴. Une dizaine d'années plus tard, Bonaparte se concilia les princes allemands en leur proposant le partage des principautés ecclésiastiques. Résultat : 2'630'000 catholiques allemands devinrent sujets d'États protestants⁶⁵. Ces catholiques étaient même parfois majoritaires, comme par exemple dans le Grand-Duché de Bade qui comptait 705'000 catholiques pour 317'000 protestants. La pratique du principe de l'unité confessionnelle était devenue impossible et les États allemands mirent en œuvre la « doctrine de la coordination », c'est-à-dire des accords destinés à réduire les points de frictions entre les pouvoirs ecclésiastiques et civils, parfois même contre les instructions du Saint-Siège.

Or, à cette même époque, la Suisse connaissait une évolution territoriale comparable. L'Acte de Médiation puis le congrès de Vienne redessinèrent la carte de la Confédération, ce qui eut pour effet de multiplier les cantons bi-confessionnels⁶⁶. De plus, l'industrialisation étendit le phénomène à des

plaintes furent portées devant la Diète tant des catholiques que des protestants (*Amtliche Sammlung der ältern Eidgenössischen Abschiede, Die Eidgenössischen Abschiede aus der Zeitraume von 1556 bis 1586*, bearbeitet von Joseph Karl KRÜTLI, t. 4, 2, Berne 1861, p. 390 et 393; *Sammlung der ältern Eidgenössischen Abschiede, Die Eidgenössischen Abschiede aus der Zeitraume von 1618 bis 1648*, bearbeitet von Jacob VOGEL und Daniel Albert FECHTER, t. 5, 2, Bâle 1875, p. 636).

⁶¹ 7 septembre 1682 (*Ibidem*, p. 1541, nr 218).

⁶² *Ibidem*, p. 1542.

⁶³ Voir cartes (http://www.histoirealacarte.com/carte/1_histoire-europe-XIX-congres-vienne.php et http://www.larousse.fr/encyclopedie/images/La_Confederation_germanique/1011249 (consultées le 18 février 2014).

⁶⁴ Guillaume DE BERTIER DE SAUVIGNY, « L'Europe centrale et orientale », in : Ludovicus Jacobus ROGIER, Roger AUBERT, David KNOWLES (dir.) *Nouvelle histoire de l'Eglise*, t. 4 : *Siècle des Lumières, Révolutions, Restaurations*, Paris 1966, p. 357.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 358.

⁶⁶ Le canton de Soleure s'agrandit du Bucheggberg protestant, Zurich reçoit les régions catholiques de Rheinau et de Dietikon le canton de Genève est créé avec l'apport de

cantons jusqu'alors confessionnellement homogènes⁶⁷ : les ressortissants des cantons catholiques pauvres affluaient dans les cantons protestants économiquement développés pour y trouver du travail, notamment à Genève et à Zurich. À l'inverse, les Protestants contribuèrent à développer l'économie de cantons catholiques, par exemple à Fribourg. Au total, une dizaine de cantons était concernée. Dès lors, une solution conciliatrice au problème des mariages mixtes était inévitable.

2.2 La mise en œuvre de la politique paritaire

Les entraves à la liberté matrimoniale se justifiaient de plus en plus difficilement dans un monde en pleine mutation. Or, les régimes conservateurs mis en place sous la Restauration tentèrent d'étouffer l'évolution, et des cantons réintroduisirent des lois antérieures à l'Acte de Médiation, ce qui entraîna de vives contestations. Ainsi, le décret bâlois du 20 décembre 1803 frappant tout mariage mixte de la perte du droit de cité fit l'objet d'une plainte du canton d'Argovie⁶⁸ mettant en exergue le caractère suranné de cette mesure.

communes catholiques sardes et françaises. Fribourg reçoit la région réformée de Morat. Le canton de Berne s'agrandit avec le Jura catholique en compensation de la perte du pays de Vaud. Sans oublier les cantons d'Argovie, Thurgovie, Saint-Gall et les Grisons qui comptent d'importantes minorités catholiques (Alfred KÖLZ, *op. cit.*, p. 159 ; Eduard HIS, *Geschichte des neuen Schweizerischen Staatsrechts*, Bâle, 1929, vol. 1 p. 330ss ; Victor MONNIER, « Les péripéties de l'égalité en Suisse, de l'époque révolutionnaire à la première Constitution fédérale », in *Justice, Liberté, Égalité, Fraternité : Sur quelques valeurs fondamentales de la démocratie européenne*, dir. Olga INKOVA, Genève 2006, p. 138s, 141s ; voir également *Brève histoire constitutionnelle suisse (1798-1848)* in : <http://www.hegerm.ch/testes/his-fr-html> ; et la carte sur l'évolution de la Suisse : http://www.web-vd.ch_dgeo/formation-citoyenne/pdf/Module_%20mediation_autrefois.pdf consultés le 11 février 2014)

⁶⁷ « En 1860, la Rome protestante compte plus d'habitants catholiques que de protestants même si la citoyenneté reste majoritairement protestante » (Sarah SCHOLL, « Introduction » in *L'apprentissage du pluralisme religieux. Le cas genevois au XIX^e siècle*, dir. Frédéric AMSLER et Sarah SCHOLL, Fribourg/ Genève/ Paris/ Montréal 2013, p. 12) ; La répartition diffère grandement selon les cantons. Ainsi, « lors du même recensement Zurich compte 253 793 protestants et 11 265 catholiques, Vaud 77095 protestants et 9 234 catholiques (*Statistiques de la Suisse. Population. Recensement fédéral du 10 décembre 1860*, 1^{ère} livraison, publié par le bureau de statistique du Département fédéral de l'intérieur, Bern, 1862, p. 421) » (*Ibidem*, p. 12 not. 6) ; Alfred KÖLZ, *op. cit.*, p. 157s.

⁶⁸ Plainte du 18 juillet 1808 (*Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1803 bis 1813*, Berne 1886, p. 177 ; *Amtliche Sammlung der neuen Eidgenössischen Abschiede. Herausgegeben auf Anordnung der Bundesbehörden* (dir. Jakob KAISER), Berne 1886, p. 212 ; Pius HAFNER, *op. cit.* p. 15. Il faudra tout de même attendre la Constitution fédérale de 1848 pour la suppression de cette mesure discriminatoire.

Conscients des problèmes qu'occasionnaient cette politique héritée d'un autre âge, des cantons tentèrent d'y remédier par des concordats⁶⁹. Dès 1810, ils conviennent « que les mariages entre Suisses de religion catholique et évangélique ne devaient être ni interdits, ni punis par la perte des droits de bourgeoisies ou civiques »⁷⁰. Finalement, d'adhésions en renouvellements, presque tous les cantons étaient liés par des concordats en 1823⁷¹.

Entre-temps, le Saint-Siège mis au courant de l'existence de ces concordats « interdit aux curés de célébrer les mariages mixtes et leur ordonna de se limiter à une assistance passive »⁷². Les cantons, beaucoup trop divisés entre eux, ne parvinrent pas à s'entendre sur une réplique commune comme l'Allemagne l'avait fait. Toutefois, les délégués des cantons paritaires devaient réagir. Réunis en 1821 à Baden, ils adoptèrent la solution suivante : les bans seraient publiés soit par le pasteur réformé soit par un fonctionnaire⁷³. En 1834, certains cantons⁷⁴ franchirent une étape supplémentaire.

⁶⁹ Les cantons de Lucerne, Zurich, Zoug, Soleure, Schaffhouse, St-Gall, Argovie, Thurgovie, Tessin et Vaud rejoints en 1810 par Glaris et en 1812 par Uri, et les Grisons mais seulement pour les conséquences civiles de ces unions (*Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1803 bis 1813*, Berne 1886, p. 177-78).

⁷⁰ *Ehen zwischen Katholiken und Reformierten. Konkordat vom 22. Brachtmont 1810* in : *Urkunden zum Repertorium des Abschiede des eidgenössischen Tagsatzungen vom Jahr 1803 bis Ende des Jahres 1813, oder während des Zeitsraums, da die mediationsmässige Bundesverfassung Geltung hatte*, Berne 1843 XVCII, p. 268; *Amliche Sammlung der neuen Eidgenössischen Abschiede. Herausgegeben auf Anordnung der Bundesbehörden* (dir. Jakob KAISER), Berne 1886, p. 212-213.

⁷¹ *Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1803 bis 1813*, Berne 1886, p. 212s.; *Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1814-1848*, bearbeitet von Wilhem FESCHERIN, t. 2 (§§ 76-178), Berne 1876, § 145 p. 606-607.

⁷² *Décision du Saint Office du 1^{er} août 1821* (*Codex Iuris Canonici Fontes*, IV, Rome 1951, p. 144 nr. 863); *Urkunden zum Repertorium des Abschiede des eidgenössischen Tagsatzungen vom Jahr 1803 bis Ende des Jahres 1813, oder während des Zeitsraums, da die mediationsmässige Bundesverfassung Geltung hatte*, Berne 1843 XVCII, p., § 144, p. 606; Augustinus DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I, § 112, p. 191s; <http://books.google.ch/books?id=WKxjBMaffm4C&pg=PA235&lpg=PA235&dq=Décision+du+Saint+Office+du+1er+août+1821&source=bl&ots=NIZLyMLuU6&sig=9AkGYHfoq3LsSF-ZQljgzcfcj1GU&hl=fr&sa=X&ei=Rw8UVNOPAY307AbLhID4BA&ved=0CB8Q6AEwAA#v=onepage&q=Décision%20du%20Saint%20Office%20du%201er%20août%201821&f=false>.

⁷³ Art. 1 et 2 du XVIII. *Concordat sur les publications de bans ou annonces de la bénédiction des mariages entre catholiques et protestants (Du 14 août 1821)* in : *Recueil officiel des pièces concernant le Droit public de la Suisse, des décrets et arrêtés de la Diète et des Concordats en vigueur, ainsi que des traités conclus entre la Confédération suisse et d'autres Etats* (traduction faite par ordre de la Diète), t. II. Zurich 1824, p. 27.

Désormais, le mariage entre fiancés de différentes confessions, sera garanti par les cantons contractants. Les publications et la bénédiction seront soumises aux mêmes prescriptions que celles des unions confessionnelles et seront imposées aux curés sans exceptions. Les curés auront l'obligation de publier les bans et de bénir les unions mixtes sous peine de sanctions à la discrétion des cantons⁷⁵. En fait, cette dernière mesure demeura lettre morte. Même les initiants ne parvinrent à respecter cet accord ; sans oublier la mauvaise volonté des ministres du culte – encore chargés de la tenue des registres de l'état civil⁷⁶ – confortés par la protestation véhémement de l'épiscopat et de la papauté⁷⁷. En réalité, cette valse-hésitation n'est pas la véritable difficulté de la mise en œuvre d'une politique paritaire. Elle réside dans la limite par nature de la solution paritaire, à savoir l'éducation religieuse des enfants nés de mariages mixtes.

2.3 La pierre d'achoppement, l'éducation religieuse des enfants

A la fin du XVIII^e siècle, une célèbre affaire illustre la quadrature du cercle : Grüniger von Ermalingen se convertit au catholicisme et réclama l'éducation catholique pour ses garçons en bas âge. Il porta son cas devant la Diète⁷⁸. Après plus de vingt ans de discussions, les membres de la Diète ébauchèrent une solution « paritaire » : les garçons seraient élevés dans la religion du père, les filles dans celle de la mère⁷⁹. A partir d'un certain âge, habituellement seize ans, les enfants seraient libres de changer de religion. Cependant, si le

⁷⁴ Berne, Lucerne, Soleure, Bâle-Campagne, Argovie, Thurgovie et Saint-Gall (« Die gemischten Ehen mit besonderer Rücksicht auf die Schweiz » in *Kirchenzeitung für die katholische Schweiz herausgegeben von einem Vereine katholischer Geistlichen*, Soleure, 24 août 1850, nr. 34 p. 266-67).

⁷⁵ *Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1814-1848*, bearbeitet von Wilhem FESCHERIN, Zweiter Band (§§ 76- 178), Berne 1876, § 146 p. 608-609.

⁷⁶ Par exemple, le Grand-Conseil du canton d'Argovie entérine le concordat mais le rejette en 1841. Le même scénario se reproduit dans le canton de Lucerne. A Saint-Gall, c'est le peuple qui oppose son veto au concordat entériné par le Grand Conseil. A Soleure, le Grand Conseil n'entre pas en matière. Le canton de Thurgovie y souscrit à la condition de sauvegarder ses lois antérieures (« Die gemischten Ehen mit besonderer Rücksicht auf die Schweiz » in *Kirchenzeitung für die katholische Schweiz herausgegeben von einem Vereine katholischer Geistlichen*, Soleure, 24 août 1850, nr. 34, p. 265s ; Augustinus DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I, p. 288).

⁷⁷ Grégoire XVI non seulement appuiera les protestations de l'Evêque de Bâle mais soutiendra que cette mesure était l'œuvre de l'indifférentisme (« Die gemischten Ehen mit besonderer Rücksicht auf die Schweiz » in *Kirchenzeitung für die katholische Schweiz herausgegeben von einem Vereine katholischer Geistlichen*, Soleure, 17 septembre 1850, nr. 36, p. 282-83 ; Augustinus DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I, p. 288).

⁷⁸ *Amtliche Sammlung der ältern Eidgenössischen Abschiede*, t. 7, II, Basel 1867, p. 741s.

⁷⁹ *Ibidem*, art. 122, p. 541.

principe était acquis, sa concrétisation se révéla impossible. Les violents désaccords entraînent la suspension des pourparlers et la Diète abandonna le projet en 1780⁸⁰.

Le choix de l'éducation religieuse de l'enfant butait sur deux principaux obstacles : d'une part, l'intransigeance de l'Église catholique qui tolérait le mariage mixte à la condition expresse que tous les enfants soient élevés dans la foi catholique; d'autre part, les concordats qui laissaient aux cantons le choix de déterminer la confession des enfants issus des mariages mixtes⁸¹.

Voici les régimes existants :

- 1) Les enfants suivaient la religion du père⁸². C'était une tradition d'origine germanique⁸³ qui remontait à la Réforme⁸⁴. Elle dominera en Suisse⁸⁵. Ce système était conforme à l'archétype patriarcal. En revanche, il avait l'inconvénient de heurter de plein fouet la volonté de l'Église catholique si le père était protestant.

⁸⁰ *Amtliche Sammlung der ältern Eidgenössischen Abschiede*, t. 8, Zurich 1856, p. 411s.

⁸¹ Le concordat du 4 juillet 1820 unissant les cantons Lucerne, Zurich, Berne, Glaris, Zoug, Fribourg, Soleure, Bâle Schaffhouse, Saint-Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Neuchâtel et Genève détermine aux seuls cantons la compétence pour l'éducation confessionnelle des enfants (*Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1814-1848*, bearbeitet von Wilhem FESCHERIN, Zweiter Band (§§ 76- 178), Berne 1876, § 145, p. 177).

⁸² Par exemple : Argovie (§ 177 CC); Saint-Gall (*Gesetz, erlassen vom Landamann, dem Kleinen und Grossen Rat vom 30. April 1819*, in *Gesetzsammlung des Kantons St. Gallen 1803-1839*, t. 1, p. 539, nr. 238); Schaffhouse (§ 22 *Matrimonialgesetz* in *Gesetzliche Bestimmungen für den Kanton Schaffhausen*, I, 1813, p. 80). Berne proposera à la Diète d'étendre cette solution par le biais d'une règle de droit fédéral pour les enfants issus d'un mariage mixte. En juillet 1819, la Diète préférera laisser cette compétence aux législations cantonales (*Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1814-1848*, bearbeitet von Wilhem FESCHERIN, t. 2 (§§ 76- 178), Berne 1876, p. 607).

⁸³ Bernhard HÜBLER, *Die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen im Gebiete des Preussischen Allgemeinen Landesrechts*, Berlin 1888, p. 48ss; August KNECHT, *op. cit.*, 288ss; Heinrich POHL, *op. cit.*, p. 12ss; Mario SINGER, *op. cit.*, p. 70s.

⁸⁴ Dès 1650, le Congrès des Princes reconnaissait au père le droit de choisir la religion des enfants (Augustinus DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I, § 23, p. 38s). Le traité du 21 novembre 1532 de Glaris exigeait que tous les enfants issus d'un mariage mixte adoptent la religion de leur père (*Die Eidgenössischen Abschiede aus dem Zeitraume von 1529 bis 1582*, (dir. Johannes STRICKLER). *Der amtlicher Abschiedersammlung*, t. 4, 1b, Zurich 1876, p. 1585).

⁸⁵ Par exemple, Argovie (§ 177 Code civil de 1826) ; Schaffhouse (§ 22 *Matrimonialgesetz* in : *Gesetzliche Bestimmungen für den Kanton Schaffhausen*, I. Abt., 1831, p. 80) ; Saint-Gall (*Gesetz, erlassen vom Landamann, dem Kleinen und Grossen Rat vom 30. April 1819* in : *Gesetzsammlung des Kantons St. Gallen 1803-1839*, t. I, p. 539, nr. 238); Hans ROTH, *Die religiöse Kinder-Erziehung nach schweizerischen Recht*, thèse droit Zurich, Zurich 1919, p. 43 note 32.

- 2) Une solution paritaire. Les fils prenaient la religion du père et les filles celle de la mère. Si cette solution ulcérerait l'Église catholique, elle séduisit les États de l'Empire⁸⁶ et aura la préférence de certains cantons paritaires dont les Grisons⁸⁷.
- 3) Une troisième possibilité : les enfants étaient élevés dans la religion du canton de domicile⁸⁸ ou du canton d'origine⁸⁹.
- 4) Enfin, certains cantons laissaient les conjoints choisir⁹⁰. Cependant, la conclusion de ces pactes conjugaux générerait d'incessants conflits

⁸⁶ *A Pace Vestphalica anno 1648. Conclusa usque tempora Benedicti XIV. PP qui a, 1741. Et 1748. Celebres de matrimoniis mixtis pro Hollandia et Polonia edidit Constitutiones.* AUGUSTINUS DE ROSKOVANY, *op. cit.*, t. I, 1842, § 22-25 p. 36-43. Exigé par le fameux traité du 26 avril 1672 entre l'Electeur du Brandebourg et le prince palatin de Neubourg, ce système est très vite adopté et est tellement ancré qu'en 1716, l'empereur Charles VI l'imposera en Silésie comme une coutume de l'empire (AUGUST KNECHT, *op. cit.*, p. 288). A titre d'exemple l'art. 6 de la *Ehe-Kopulationen der Brautleute von verschiedenen Glaubensbekenntnissen vom 23. Januar 1806* : « was die Taufe der Kinder, welche aus solchen gemischten Ehen erzeugt wurden, betrifft, so unterliegt es keinem Anstand, dass jedesmal die Knaben von dem Pfarrer oder einem anderen Geistlichen der Konfession des Vaters, die Mädchen aber von dem Pfarrer oder einem andern Geistlichen der Konfession der Mutter getauft werden » (*Kirchenzeitung für die katholische Schweiz* 19 (1850), t. I, p. 531, nr. 231).

⁸⁷ Voir par exemple, Georg JÄGER et Ulrich PFISTER (éd.) *Konfessionalisierung und Konfessionskonflikt in Graubünden, 16.-18. Jahrhundert. Akten der historischen Tagung des Institutes für Kulturforschung Graubünden, Posciavo, 30. Mai bis 2 Juni 2002*, Zurich 2006; Frauke VOLKAND, *Konfession und Selbstverständnis. Reformierte Rituale einer gemischtkonfessionelle Kleinstadt Bischofszell im 17. Jahrhundert*, Göttingen 2005, p. 185ss.

⁸⁸ Bâle, Berne, Appenzell Rhodes Extérieures, Zurich. Le 22 juin 1810, le canton de Zurich proposait d'étendre cette solution à l'ensemble du territoire helvétique par le biais d'un concordat auquel les cantons de Lucerne, Zug, Berne et Bâle adhéreront le 11 juin 181. A nouveau, cette solution ne sera pas avalisée par la Diète (*Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1814-1848*, bearbeitet von Wilhem FESCHERIN, t. 2 (§§ 76-178), Berne 1876, p. 606-607 ; (*Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1803 bis 1813*, Berne 1886, p. 177; *Ämtliche Sammlung der neuen Eidgenössischen Abschiede. Herausgegeben auf Anordnung der Bundesbehörden* (dir. Jakob KAISER), Berne 1886, p. 213).

⁸⁹ Zurich (*Gesetz betreffend die Taufe und der Religionsunterricht der Kinder aus Ehen zweyerley Religionsbekenntnissen vom 15. Brachmonat 1820 in Neue offizielle Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Standes Zürich*, t. II, 1823 cahier 4, p. 281); Glaris et Thurgovie (Joseph CANDOLF, *op. cit.*, 82 ; p. Hans ROTH, *op. cit.*, p. 41).

⁹⁰ Par exemple les cantons des Grisons (art. 2 de la *Provisorische Verordnung des grossen Rathes gegen Proselytenmacherei in : Abscheid vom 22. Juli 1826*, p. 37) et de Vaud (art. 1^{er} de la *Loi du 22 janvier 1834 sur la liberté religieuse in : Recueil des lois, décrets et autres actes du Gouvernement du Canton de Vaud*, t. XXXI, 1834, p. 3s).

familiaux. C'est pourquoi, aujourd'hui encore l'art. 303 al. 2 CC interdit toujours les conventions matrimoniales relatives à l'éducation religieuse des enfants.

Enfin, les cantons pouvaient changer d'avis. Par exemple, en peu de temps, Berne passa de la religion du père à celle de la religion du canton d'origine, puis du canton du domicile.

En définitive, les cantons ne s'accordèrent jamais sur une politique uniforme. Ironie du sort, les législations cantonales du XIX^e siècle, désireuses de libérer les mariages mixtes de leurs entraves, aboutirent à un résultat contraire en adoptant le principe unitaire. Cette solution se révéla plus coercitive que celle basée sur le principe paritaire plébiscité au XVIII^e siècle⁹¹. Le problème ne se résoudra qu'avec la laïcisation du mariage et de l'état civil.

II. Les mariages mixtes après 1850

Au milieu du XIX^e siècle, aucun consensus n'avait pu être dégagé. Non seulement, la politique des concordats était un échec, mais surtout certains cantons demeuraient réfractaires à toute idée de compromis. En 1850, c'était encore le cas des cantons catholiques d'Uri, Schwyz, Unterwald, Appenzell Rhodes Intérieures et du Valais. Cette situation ne pouvait plus durer car le monde avait définitivement changé. Le souffle de liberté révolutionnaire, l'instauration de la liberté d'établissement et la circulation des personnes⁹² avec la liberté du commerce et de l'industrie⁹³ mettaient en exergue

⁹¹ L'exemple de Saint-Gall est parlant : le système paritaire bien ancré est abandonné en 1830. Désormais, les enfants issus de mariage mixte seront élevés dans la religion de leur père (*Gesetz, erlassen vom Landamman, dem Kleinen und Grossen Rat vom 30. April 1819* in : *Gesetzsammlung des Kantons St. Gallen 1803-1839*, B. I, p. 539, nr. 238); Joseph CANDOÏ, *op. cit.*, p. 82, Hans ROTH, *op. cit.*, p. 41).

⁹² DHS, v° « La liberté d'établissement », 2008, t. 7, p. 688-89 ; Gérald et Silvia ARLETTAZ, *La Suisse et les étrangers*, p. 19s ; « De la liberté d'établissement et de la liberté religieuse en Suisse, à propos de l'affaire de MM Wahl, de Mulhouse » in : *Le Semeur*, t. IV, n° 48 du 2 décembre 1835, p. 377s ; Francis PYTHON, « 'À quelles règles de conduite doit s'attacher un prêtre pour atteindre le but de sa mission dans un pays mixte ?' Un texte rédigé en 1842-1843 par le futur évêque Etienne Marilley » in *L'apprentissage du pluralisme religieux. Le cas genevois au XIX^e siècle*, dir. Frédéric AMSLER et Sarah SCHOLL, Fribourg / Genève / Paris / Montréal 2013, p.145-147.

⁹³ DHS, v° « La liberté de commerce et de l'industrie » 2008, t. 7, p. 689-690 ; *La Suisse de 1848 à 1914 : quelques grandes lignes de son évolution* in <http://www.icp.ge.ch/po/cliotexte/xixe-siecle-1848-et-apres-nationalisme-et-politique/suisse.histoire.1874.html> (consultés le 18 février 2014).

l'inadéquation du droit⁹⁴. À l'étranger, même la très catholique Bavière admettait les mariages mixtes⁹⁵. Le monde politique suisse, pourtant très divisé, concédait unanimement combien cette situation devenait intenable. Cependant, les débats furent très vifs car les mariages mixtes, pourtant rares⁹⁶, se retrouvèrent au cœur du durcissement des positions de l'Église catholique et des séquelles de la guerre du Sonderbund⁹⁷. Le maintien de la paix confessionnelle sera la raison principale de l'introduction d'une législation uniforme⁹⁸ : *La loi fédérale sur les mariages mixtes du 3 décembre 1850*.

Nous examinerons successivement la loi fédérale du 3 décembre 1850 (A), ses difficultés d'application (B) et nous conclurons avec la solution définitive de la laïcisation du mariage en 1874 (C).

A. La loi fédérale du 3 décembre 1850

Inspirée de la législation française, cette loi introduit une solution radicale, en ce sens qu'elle résout le problème des mariages mixtes en écartant le facteur religieux. Elle répond aux problèmes incessants provoqués par les embûches subies par les conjoints. Nous examinerons son élaboration (1°), et son contenu (2°).

⁹⁴ A l'exception de Genève (mariage civil obligatoire depuis 1821 et du canton de Vaud (mariage civil facultatif 1835, art. 1 et 5), la législation matrimoniale des cantons était dictée par les prescriptions religieuses (Pius HAFNER, *op.cit.*, p. 34). Le canton de Neuchâtel admettait le mariage civil (CC NE art. 102, 112 et 114) ainsi que la Constitution zurichoise de 1869, art. 15 et 53 al. 2.

⁹⁵ 10 juin 1803. Les fiancés de différentes religions avaient la possibilité conclure des pactes relatifs à l'éducation religieuse de leurs futurs enfants et sauf convention contractuelle, le principe de la parité s'appliquait. Le mariage pouvait être publié dans les deux églises et les ministres de l'autre confession devaient établir un dimissoire (August KNECHT, *op. cit.*, p. 292s.)

⁹⁶ Cette situation tenait en grande partie à la pression des contraintes sociales et religieuses.

⁹⁷ Gallus Jakob BAUMGARTNER, *Die Schweiz zu ihren Kämpfen und Umgestaltungen von 1830 bis 1840*, Zurich / Stuttgart, 1868, t. IV, p. 498s; Pius HAFNER, *op.cit.*, p. 41 not. 50. Tous les évêques de Suisse s'opposeront à l'élaboration de cette loi. Voir par exemple, Joseph-Victor DUNOYER, *Mémoire de M. Dunoyer, vicaire-général, curé de Genève sur le projet de loi fédérale concernant les mariages mixtes*, Genève 1850 ; La lettre ouverte de « l'Evêque de Sion au Conseil national et des Etats de la Confédération » in *Le Courrier du Valais*, 9 novembre 1850, n° 91.

⁹⁸ « Il paraît nécessaire de maintenir l'ordre public et la paix entre les confessions d'établir des prescriptions générales sur la séparation et la nouvelle union des conjoints » (*Message du Conseil fédéral à la h. Assemblée fédérale concernant les mariages mixtes du 24 mai 1861*, FF 1861 II 25, p. 1).

1. L'élaboration de la loi du 3 décembre 1850

Tout commence avec la pétition ou recours⁹⁹ du 4 mars 1850 adressé au Conseil fédéral par le Docteur Benz. Ce recours est l'élément déclencheur qui oblige le législateur à se saisir du problème. Benz, résidant du canton de Schwyz, demande l'abolition de l'interdiction des mariages mixtes¹⁰⁰. Sa pétition n'est pas isolée¹⁰¹, mais elle sera le moteur de la Loi fédérale du 3 décembre 1850.

Qu'a donc ce recours de particulier ?

Le recours Benz a le génie de faire passer les principes fondamentaux de l'État avant les besoins personnels¹⁰². Ajoutons que son avocat est le célèbre radical Ludwig Snell¹⁰³. La personnalité et la renommée de ce dernier expliquent l'impact médiatique de l'affaire. Tous les journaux s'en saisissent¹⁰⁴.

Le recours Benz formule deux demandes :

- 1) L'élaboration d'une loi fédérale non discriminatoire sur les mariages entre Catholiques et Réformés ;

⁹⁹ Les textes officiels emploient indifféremment les termes pétition et recours.

¹⁰⁰ Pétition du 8 avril 1850 du Dr Fridolin Benz de Siebenen, canton de Schwyz relative à son mariage avec Alina Schoch de Zurich, puis recours du 22 août 1850.

¹⁰¹ *Délibérations du Conseil fédéral. Arrêté du Conseil fédéral suisse, touchant le recours de divers ressortissants du Canton de Schwyz réclamant contre l'interdiction de mariages mixtes* (FF 1850 I 16, p. 256) ; William Emmanuel RAPPART, *L'individu et l'Etat dans l'évolution constitutionnelle de la Suisse*, Zurich 1936, p. 352-355.

¹⁰² Privilège de l'église catholique, mépris de la tolérance chrétienne, fossé du Sonderbund, contradiction avec l'art. 2 Cst. féd., (liberté et droits des confédérés et accroissement de leur prospérité commune), à l'art. 1^{er} (égalité devant la loi), à l'art. 48 Cst. féd., 41-44 Cst. féd. et aux concordats intercantonaux de 1812 et 1819. (*Délibérations du Conseil fédéral. Arrêté du Conseil fédéral suisse, touchant le recours de divers ressortissants du Canton de Schwyz réclamant contre l'interdiction de mariages mixtes*, FF 1850 I 16, p. 257-58).

¹⁰³ Ludwig SNELL (1785-1854) : politicien radical, professeur de sciences politiques, journaliste et théoricien de l'Etat des plus influents de la Suisse (Alfred KÖLZ, *op.cit.*, p. 231 not. 7 ; Pius HAFNER, *op.cit.*, p. 39-41 not. 35-46 ; Andreas KLEY, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zurich / Saint-Gall 2011, p. 18 not. 93, p. 531 ; DHS, v° « Ludwig Snell » t. 11, 2012, p. 681 ; Wikipedia : [http://de.wikipedia.org/wiki/Ludwig_Snell_\(Politiker\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Ludwig_Snell_(Politiker))).

¹⁰⁴ Voir par exemple *La Gazette de Lausanne* des 29 mai 1849, 8 juillet, 16 et 21 novembre 1850 ; *Journal de Genève* des 18 juillet et 3 décembre 1850 ; *Le Courrier du Valais* des 20 juillet (n° 59), 24 juillet (n° 60), 9 novembre (n° 91) et 27 novembre (n° 27) 1850 ; *l'Intelligentblatt* des 18 avril, 16 juillet, 15 et 18 novembre 1850 ; *St. Galler-Bote* des 17 août (n° 66), 20 novembre (n° 93) et 14 décembre 1850 (n° 100) ; la *Neue Zürcher Zeitung (NZZ)* des 20 juillet et 16, 17 et 19 novembre 1850.

2) L'abrogation de la loi schwytoise du 3 mars 1840 qui interdit les mariages mixtes¹⁰⁵.

Si le Conseil fédéral admet et partage les griefs du recours Benz¹⁰⁶, il ne peut que constater l'incompétence de la Confédération¹⁰⁷. L'affaire demeure du ressort des cantons. En effet, selon la théorie des pouvoirs exprès consacrée par l'art. 3 de la Constitution fédérale, la Confédération n'a de pouvoir que s'ils lui sont nommément accordés¹⁰⁸. En l'espèce, elle ne bénéficie d'aucune disposition en matière de mariage¹⁰⁹. Pour remédier à cette question au niveau fédéral, il fallait au préalable réviser la Constitution fédérale¹¹⁰. Cette position était irréfutable mais le Conseil national la contournera en valorisant les arguments du recours Benz, ce qui légitimera l'élaboration de la loi¹¹¹.

Il est impossible de reprendre tous les points du recours mais son argumentation tourne autour d'une combinaison des articles 44¹¹² et 48¹¹³ de

¹⁰⁵ Art. 1^{er} de la loi du 3 mai 1840 : « Le mariage avec des personnes non catholiques est entièrement et sans exception interdit à l'avenir aux ressortissants de ce canton. »

¹⁰⁶ « Passant ensuite à la pétition même du sieur Benz, le Conseil fédéral déclare, qu'il est, en général, d'accord avec elle, sur le fond matériel de la question. En revanche, le Conseil fédéral diffère d'opinion avec le pétitionnaire sur le point formel, c'est-à-dire sur la question de compétence. Il ne croit pas que l'on puisse déduire des articles 4 et 48 de la Constitution fédérale, une garantie fédérale pour la liberté de conclure des mariages mixtes » (*Délibérations de l'Assemblée fédérale. Rapport de la majorité de la commission du Conseil national chargée d'examiner la pétition de L. Benz de Siebenen sur les mariages mixtes*, FF 1850 III 41, p. 3) Pius HAFNER, *op.cit.*, p. 47 not. 78, 79, p. 35 note 9.

¹⁰⁷ *Délibérations de l'Assemblée fédérale. Rapport de la majorité de la commission du Conseil national chargée d'examiner la pétition de L. Benz de Siebenen sur les mariages mixtes*, FF 1850 III 41 p. 2s, p. 261.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 3-4 et 15-17.

¹⁰⁹ L'affaire est du ressort cantonal, sans oublier les concordats liant les cantons (*Délibérations de l'Assemblée fédérale. Rapport de la majorité de la commission du Conseil national chargée d'examiner la pétition de L. Benz de Siebenen sur les mariages mixtes*, FF, 1850 III, 41, p. 7s, 17-20).

¹¹⁰ « La question actuelle est une question constitutionnelle et comme telle, elle peut obtenir plus tard une majorité, mais seulement par la voie d'une révision constitutionnelle, et non par la voie de la législation » (*Ibidem*, p. 4).

¹¹¹ *Ibidem*, p. 4-20 ; *Délibérations du Conseil fédéral. Arrêté du Conseil fédéral suisse touchant le recours de divers ressortissants du Canton de Schwyz réclamant contre l'interdiction de mariages mixtes du 4 mars 1850*, FF 1850 I 16, p. 257-271 ; Pius HAFNER, *op.cit.*, p. 37 not. 18.

¹¹² « Le libre exercice du culte des confessions chrétiennes reconnues est garanti dans toute la Confédération. Toutefois les cantons et la Confédération pourront toujours prendre les mesures propres au maintien de l'ordre public et de la paix entre les confessions. » C'est sur cette base que la majorité de l'Assemblée fédérale affirmera que « la Confédération est compétente pour s'opposer à des interdictions de mariages sur le territoire de la Confédération, lorsque ces interdictions n'auraient d'autres

l'ancienne Constitution fédérale sur la liberté religieuse, la paix religieuse et l'égalité entre citoyens¹¹⁴.

Le Message du Conseil fédéral souligne combien la loi schwytoise contrevient aux principes constitutionnels. Dès lors, maintenir une telle législation serait une « véritable dérision envers le libre établissement, l'égalité des droits politiques, la liberté de croyance et le droit de cité garantis par la Confédération »¹¹⁵. Par conséquent, l'interdiction des mariages mixtes est une atteinte à la paix religieuse et au principe d'égalité entre citoyens. L'appartenance confessionnelle ne doit pas être un prétexte de discrimination. Enfin, lier la perte du droit de cité à un mariage est indigne d'un État moderne¹¹⁶. C'est pourquoi, la Confédération doit pouvoir agir préventive-

fondements que la *différence de confession* ... peut-on nier que par cet état de choses les Suisses protestants ne soient pas blessés dans leur honneur de la manière la plus sensible ? Peut-on nier que cela ne soit une offense faite à la confession protestante et à tous les Suisses qui leur appartient ? Or, les offenses faites à ces citoyens d'une confession par des citoyens appartenant à une confession opposée, doivent être considérés comme troublant la paix entre les deux confessions. Si l'on nous accorde cela, la Confédération qui, d'après la Constitution, a le droit de prendre les mesures propres au maintien de la paix entre les confessions, doit être compétente pour s'opposer à ces offenses et interdire dans toute l'étendue de la Suisse les interdictions de mariages pour causes confessionnelles, en un mot les interdictions de conclure des mariages libres. » (*Délibérations de l'Assemblée fédérale. Rapport de la majorité de la commission du Conseil national chargée d'examiner la pétition de L. Benz de Siebenen sur les mariages mixtes*, FF, 1850 III, 41, p. 5-6 ainsi que l'argumentation des pages 8s.)

¹¹³ « Tous les cantons sont obligés de traiter les citoyens de l'une des confessions chrétiennes ressortissant des autres États confédérés comme ceux de leur État, en matière de législation et pour tout ce qui concerne les voies juridiques. »

¹¹⁴ FF 1850 III 41 p. 6-7.

¹¹⁵ *Délibérations du Conseil Fédéral. Arrêté du Conseil fédéral suisse touchant le recours de divers ressortissants du Canton de Schwyz réclamant contre l'interdiction de mariages mixtes* (du 4 mars 1850), FF 1850 I 16, p. 258.

¹¹⁶ « Le monde civilisé presque tout entier, a condamné l'interdiction des mariages mixtes, comme étant à tous égards digne de réprobation. Il n'y pas jusqu'aux Papes même, Benoît XIV et Pie VIII, dont le premier a ordonné expressément pour les Pays-Bas, le second pour la partie occidentale de la monarchie prussienne, que les mariages mixtes, bien que non contractés selon les formes prescrites par le Concile de Trente, mais cependant dans des formes reconnues au civil ne doivent pas être considérés comme constituant un état de concubinage, mais reconnus comme une union véritable et valide. Il existe déjà en outre depuis le 12 juin 1812, entre une majorité très-prépondérante des États confédérés, un concordat en vertu duquel « les mariages entre ressortissants suisses de communion catholique et protestante pourront pas être défendus par les cantons, ni punis par la perte du droit de bourgeoisie ou de naturalité. » Et on peut admettre, que même dans les cantons qui jusqu'à ce jour n'ont pas adhéré à ce concordat, les idées à cet égard se sont modifiées et mitigées ; ne doit-on pas l'inférer des publications officielles du gouvernement de l'État de Schwyz, d'où il ressort assez clairement, pour quiconque sait lire entre les lignes, que ce

ment et surtout de « ne pas attendre que la maison brûle pour agir lorsqu'il s'agit » d'éteindre le feu de la haine confessionnelle »¹¹⁷.

2. *L'analyse de la loi du 3 décembre 1850*

La loi pose un principe dont elle déduit des conséquences.

Le principe fondamental est énoncé par l'art. 1 : « La célébration d'un mariage ne doit pas être interdite au motif que les époux appartiennent à des confessions différentes ».

L'article 7 est la principale conséquence : « Si les lois du canton dont l'époux est originaire, prescrivent la célébration religieuse du mariage, les époux peuvent le faire bénir dans ce canton ou en dehors de ce canton, par un ecclésiastique d'une des confessions chrétiennes reconnues ». De ce fait, la loi fédéralise non seulement le droit des concordats mais tranche les controverses relatives au droit de cité. Toutefois, l'incise « d'une des confessions chrétiennes reconnues » prive les autres confessions et religions du bénéfice de la loi. Il faudra par exemple attendre 1866 pour que les Juifs de Suisse obtiennent enfin un statut décent¹¹⁸.

L'article 6 met un terme aux antagonismes concernant l'éducation religieuse des enfants : « Le père décide dans quelle religion doivent être élevés les enfants de son mariage mixte. Si le père n'a fait de son vivant aucun usage de ce droit, ou que par un motif quelconque, il ne soit pas

gouvernement n'approuve pas l'intolérante prohibition des mariages mixtes, telle qu'elle existe encore dans le canton de Schwyz et désire, en conséquence qu'elle soit abrogée. De ce fait, l'Assemblée fédérale est compétente pour légiférer une telle loi et il faut que la procédure soit rapide » (*Délibérations de l'Assemblée fédérale. Rapport de la majorité de la commission du Conseil national chargée d'examiner la pétition de L. Benz de Siebenen sur les mariages mixtes*, FF, 1850 III 41, p. p. 21- 22).

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 13

¹¹⁸ Le 14 janvier 1866. Alfred KÖLZ, *op. cit.*, p. 642-643 ; Ernst HALLER, *op. cit.*, p. 284-85 ; Félix HAFNER, « Der Weg zur Realisierung der Rechtsgleichheit- wirkungs-geschichtliche Aspekte vom Artikel 3 der Bundesverfassung der Mediationsakte », in *Bonaparte, la Suisse et l'Europe*, Zurich/ Genève/ Bruxelles/ Berlin 2003, p. 215s ; Victor MONNIER, « Les péripéties de l'égalité en Suisse, de l'époque révolutionnaire à la première Constitution fédérale », in *Justice, Liberté, Egalité, Fraternité : Sur quelques valeurs fondamentales de la démocratie européenne*, dir. Olga INKOVA, Genève 2006, p. 150-51 ; William Emmanuel RAPPART, *La Constitution fédérale de la Suisse*, p. 175s, 275-279 ; Rudolf STÄNZ, *op. cit.*, p. 256s ; Augusta WELDLER-STEINBERG, *Geschichte der Juden in der Schweiz vom 16. Jahrhundert bis nach der Emanzipation*, bearbeitet und ergänzt durch Florence GUGGENHEIM-GRÜNBERG, Zurich 1970, t. II, p. 42s.).

autorité à exercer le pouvoir paternel, c'est la personne ou l'autorité qui se trouve investie de ce pouvoir qui en décide »¹¹⁹.

Les articles 2 à 5 règlent les modalités du mariage. La mesure essentielle est l'article 3 qui dispose que le mariage peut être célébré par une autorité religieuse ou laïque¹²⁰.

Enfin, il est intéressant de relever que l'art. 9 attribue le contentieux de la loi au Conseil fédéral, signe que la question est plus politique que juridique et pose le problème des rapports entre les autorités fédérales et les cantons¹²¹.

Nous pourrions croire le problème enfin résolu mais c'était sans compter avec la malice humaine qui va multiplier les difficultés d'application¹²².

B. Les difficultés d'application

Les difficultés de la mise en œuvre sont imputables à une double faiblesse de la loi : d'une part, son application demeure du ressort des cantons et ceux-ci vont en profiter pour dissimuler leur opposition religieuse sous d'autres critères, tels la pauvreté et les mauvaises mœurs (1°). D'autre part, la loi ne règle pas le problème de la dissolution des mariages mixtes (2°).

1. La persistance d'oppositions cantonales aux mariages mixtes

Les cantons opposés aux mariages mixtes, loin de baisser les bras, firent tout pour contrer la loi¹²³. Le rapport de la commission de gestion du Conseil national en 1857 relevait : « il y a chez certaines autorités cantonales à l'égard des mariages mixtes une mauvaise volonté contre laquelle le Conseil fédéral

¹¹⁹ C'est la reprise de la règle germanique que la pratique utilisait de moins en moins car lors d'un mariage mixte, le couple devait s'engager à ce que l'enfant soit éduqué dans la foi catholique (PIUS HAFNER, *op. cit.*, p. 51s).

¹²⁰ Art. 3 : « S'il n'y a pas d'empêchements légaux au mariage, l'autorisation de célébrer le mariage doit être délivrée par une autorité ecclésiastique ou laïque ».

¹²¹ Art. 9 : « Le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de la présente loi qui entre immédiatement en vigueur ».

¹²² D'autant plus que la question religieuse accentue les tensions entre le clergé et l'Etat. Pour preuve, voir le *Rapport de la Commission du Conseil national chargé d'examiner la plainte du prêtre Codelaghi de Sementina du 12 juillet 1856* (FF 1856 2 46, p. 367-369).

¹²³ La presse soulève les réticences à l'égard des mariages mixtes : « Ainsi, on a remarqué que des protestants, à l'occasion des mariages mixtes, ont voté contre le principe de l'égalité entre les confessions, par conséquent pour la suprématie de l'Eglise sur l'Etat en fait des mariages. Les uns disent qu'ils agissaient de la sorte pour ménager les scrupules religieux de tels campagnards catholiques et leur canton. Les autres disent que c'était pour se préserver certaines faveurs sur les droits de péages, etc, etc. » (*Nouvelliste Vaudois*, 17 juin 1851, n° 72.)

doit lutter de toutes ses forces »¹²⁴. Comme il était politiquement et juridiquement incorrect de bafouer la loi de face, des cantons utilisaient un moyen détourné : ils usaient de leur droit de refuser l'autorisation de mariage en cas d'insuffisance de moyens financiers¹²⁵ ou de mauvaises mœurs¹²⁶. Le procédé était particulièrement ingénieux. En effet, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, ces griefs étaient couramment usités¹²⁷ pour rejeter les demandes d'autorisation de mariage indépendamment des questions religieuses.

Le Conseil fédéral dut user de toute sa perspicacité pour démasquer ces intentions cachées. Mais, souvent, faute de mieux, il devait renvoyer l'affaire au canton pour une reconsidération qu'il espérait favorable. L'exemple de l'affaire Bisang dans le canton de Lucerne illustre la persistance de ces embûches cantonales¹²⁸. En 1861, Antoine Bisang, catholique, veut épouser Marie-Anne Haller, réformée. Un enfant naît après les promesses de mariage. Les deux fiancés veulent alors « se constituer en famille »¹²⁹. Néanmoins, les autorités leur refuseront l'autorisation de mariage pour cause d'indigence et de mauvaises mœurs¹³⁰ alors qu'ils avaient des ressources stables, un peu de

¹²⁴ *Rapport de la Commission du Conseil national sur la gestion du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral pendant l'année 1856, ainsi que sur le Compte d'Etat de la même année du 11 juin 1857* (FF X, vol. 1, nr. 34, 11 juillet 1857, p. 769-770).

¹²⁵ « Ein Knecht, noch so stark und brav, hat jetzt keine Aussicht mehr zu heiraten, wenn er nicht das Minimum von 2000 Fränckli vorweisen kann. Bis er ein Bursche dies Summe verdient hat ist er alt geworden und gescheit, hat's Weibervolk vergessen und ist lebensmüde » (critique du prêtre de la paroisse Xaver Herzog de Ballwil qui s'insurge contre les restrictions aux mariages de la loi lucernoise. LTB, 1884, Nr. 77 cité par Werner SCHÜPBACH, *Die Bevölkerung der Stadt Luzern, 1850-1914 : Demographie, Wohnverhältnisse, Hygiene und medizinische Versorgung*, Luzerner Historische Veröffentlichungen, t. 17, Lucerne, Stuttgart 1983, p. 39 not. 11; p. 40s, not. 16, 19 et 20).

¹²⁶ DHS, v° « Empêchements au mariage », <http://hls.dhs-dss.ch/textes/f/F16109.php> (consulté le 18 février 2014) ; WILHELM BICKEL, *Bewölkerungsgeschichte und Bewölkerungspolitik der Schweiz seit dem Ausgang des Mittelalters*, Zurich 1947, p. 155; Werner SCHÜPBACH, *op. cit.*, p. 37s, p. 39 not. 13. Un seul exemple : entre 1856 et 1868, les autorités lucernoises expulsent 96 personnes pour cause de concubinage (*Ibidem*, p. 41).

¹²⁷ Aloys CHERPILLOD, *op. cit.*, p. 15s.

¹²⁸ 24 janvier 1863 (*Rapport de la majorité de la Commission du Conseil national sur le recours du Gouvernement de Lucerne contre la décision du Conseil fédéral du 27/30 Septembre 186, touchant l'application de la loi sur les mariages mixtes, à la question du mariage de Antoine Bisang de Egozyl du 12 janvier 1863* (FF 1863 I, 4 p. 175-182).

¹²⁹ *Ibidem*, p. 176.

¹³⁰ « Fêter les Rameaux avant Pâques », c'est-à-dire avoir un enfant hors mariage, était un critère de mauvaises mœurs.

fortune et étaient fort estimés. Ce cas, loin d'être isolé¹³¹, démontre l'opposition discriminatoire des cantons. Le refus avait une conséquence dramatique : les enfants issus de ces unions étaient illégitimes, c'est-à-dire, à l'époque, des parias.

2. *Le problème du divorce*

Les époux d'un ménage mixte peuvent-ils divorcer¹³² ? Vu l'ambiance politique et religieuse, cette question ne pouvait que susciter des difficultés¹³³. Nous avons ici un problème qui, mutatis mutandis, a été longuement débattu en droit international privé. Une première possibilité est la solution cumulative : le divorce est possible si les conditions de la loi du marié et de celle de l'épouse sont toutes deux remplies. Qu'en est-il lorsque la loi d'un époux admet le divorce et l'autre pas ? C'est la loi la plus restrictive qui prévaut. En l'espèce, le divorce est interdit aux ménages mixtes. Pourtant, rationnellement, il n'existe aucune raison de pencher en faveur de la loi la plus stricte.

Une deuxième alternative : chaque époux est soumis à sa propre loi. Un problème : seul le conjoint protestant peut divorcer et se remarier¹³⁴.

Finalement, une troisième possibilité se dégage de la pratique : le juge applique la loi du domicile commun des époux. C'est aujourd'hui la solution consacrée par les articles 59 et 60 LDIP¹³⁵. Mais le résultat est que, selon le

¹³¹ Par exemple, *Rapport de la Commission du Conseil national sur les oppositions au mariage de Jean Stauffer, de Niederhallwyl du 19 décembre 1863*, (FF 1864 I 8, p. 147-157).

¹³² « La seule différence essentielle dans le droit matrimonial des deux confessions consiste dans l'admissibilité du divorce proprement dit. S'agissant de la confession catholique, la signification religieuse et sacramentale du mariage prédomine, signification en vertu de laquelle le mariage ne peut être dissous que par la mort, tandis que les dogmes protestants tenant mieux compte de la liberté individuelle et des besoins de la vie réelle, déclarent que certains actes ou certaines circonstances suffisent pour provoquer des tribunaux un jugement prononçant la séparation complète du mariage. » (*Message du Conseil fédéral à la h. Assemblée fédérale concernant les mariages mixtes du 24 mai 1816*, FF 1861 II 25, p. 4).

¹³³ Eugen HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Bâle 1893, t. IV, p. 348s.

¹³⁴ Sans oublier la problématique des divergences d'interprétation et de jugements qui créent des inégalités (*Message Conseil fédéral du 24 mai 1861*, FF 1861 II 25, p. 2-3); Pius HAFNER, *op. cit.*, p. 111-112.

¹³⁵ *Loi sur le droit international privé* (LDIP), du 18 décembre 1987 (RS 291), art. 59 : « Sont compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps : a. les tribunaux suisses du domicile de l'époux défendeur; b. les tribunaux suisses du domicile de l'époux demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis une année ou est suisse. ». Art. 60 : « Lorsque les époux ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'un d'eux est suisse, les tribunaux du lieu d'origine sont compétents pour

canton du domicile, des époux pouvaient divorcer et d'autres non, ce qui portait atteinte aux principes de liberté et d'égalité consacrés par la Constitution fédérale.

Au total, les solutions du droit international privé ne conviennent pas en droit interne entre Suisses.

Pour satisfaire aux exigences du binôme liberté – égalité, il faut de nouveau légiférer. Ce sera le complément apporté par la loi du 3 février 1862. Le déclencheur est, une fois de plus, un cas particulier : l'affaire Kammenzind¹³⁶. Dame Kammenzind, une catholique devenue protestante, est condamnée par la justice ecclésiastique catholique pour avoir divorcé. Le Conseil fédéral saisi du litige, se déclare incompétent. Une seule possibilité : élaborer une nouvelle loi¹³⁷. Elle se fera, mais dans un climat de guerre de religions¹³⁸. L'opposition catholique est d'autant plus vive, que le divorce va à l'encontre du caractère sacramentel du mariage¹³⁹. Malgré toutes les polémiques¹⁴⁰, le

connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps, si l'action ne peut être intentée au domicile de l'un des époux ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit ».

¹³⁶ Son défenseur était le célèbre Caspar Alois BRUHIN (1824-1895), avocat, procureur général du canton de Bâle, journaliste (*Alpenbode*, *Schweizerische Bundeszeitung*, *Demokrate aus Baselland*) et écrivain (*Antichritus : dramatisches Gedicht* ; *Arnold : Ein Schweizer-Roman*), Président de l'association internationale des travailleurs. A noter qu'il prendra parti pour les catholiques durant le *Kulturkampf* (Pius HAFNER, *op. cit.*, p. 99, not. 9 et 10 ; *DHS*, v° « Bruhin Johan Caspar Alois », <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/F13564.php>; *Personenlexikon des Kantons Basel-Landschaft*, http://personenlexikon.bl.ch/Josef_Caspar_Alois_Bruhin, consulté le 18 février 2014).

¹³⁷ « Ici l'Etat faisant abstraction des confessions, crée un droit matrimonial au point de vue civil, afin d'éviter ces contrastes et d'amener l'unité et l'égalité. Tous les citoyens sont ici soumis aux mêmes lois matrimoniales et à un tribunal purement civil, tandis que les principes confessionnels sont abandonnés à l'influence de l'église et à la conscience de chacun. » (*Message Conseil fédéral* 24 mai 1861, FF 1861 II 25, p. 3) ; Pius HAFNER, *op. cit.*, p. 90, 98 not 6, p. 100 not. 5.

¹³⁸ D'autant plus virulent que les partisans du *Kulturkampf* imposent leurs vues de façon drastique. Même les Grisons, canton paritaire par excellence, sont le théâtre de violents affrontements entre le clergé catholique et le pouvoir civil. Le nonce intervient personnellement dans l'affaire de la condamnation des huit prêtres refusant de délivrer les papiers nécessaires pour contracter des mariages mixtes (*Le Courrier Valaisan*, 25 juin 1854 n° 51 et 12 août 1854 n° 64). Déjà quelques années avant, à Saint-Gall, pas moins de six prêtres avaient été emprisonnés pour ces mêmes raisons (*Kirchenzeitung für die katholische Schweiz herausgegeben von einem Vereine katholischer Geistlichen*, Soleure, 17 août 1850, nr. 33 p. 261-262) et le 10 juin 1850 l'évêque de Lausanne et Genève somme les prêtres du canton de Fribourg de refuser de collaborer avec les autorités civiles (*Ibidem*, p. 262-263).

¹³⁹ « En effet ce projet reconnu loi fédérale, le divorce absolu, soit la dissolution du lien des mariages mixtes, sera chose admissible ; tandis qu'aux yeux de l'Eglise catholique, le divorce absolu est réprouvé et le lien de tout mariage valablement contracté déclaré indissoluble. Ce projet de loi constituera des tribunaux civils, juges

législateur introduit le divorce pour les ménages mixtes¹⁴¹. Cette loi est très importante car elle va servir de base sur plusieurs points à la législation de 1874.

Schématiquement, voici les deux principes essentiels de la loi :

1. Les demandes en divorce d'un mariage mixte sont du ressort du juge civil¹⁴² ;
2. L'action doit être portée devant les tribunaux cantonaux. En cas de refus, les parties peuvent s'adresser au Tribunal fédéral¹⁴³.

Malgré tout, une lacune subsiste : la loi laisse ouverte la question de savoir si le conjoint catholique peut ou non se remarier¹⁴⁴. Ce maintien de la compétence cantonale sera une nouvelle source de difficultés.

des causes matrimoniales, même dans ce qu'elles ont de plus essentiel et de plus intime, c'est-à-dire du lien conjugal ; tandis que l'Eglise catholique déclare et proclame formellement que toutes ces causes sont de la compétence de l'autorité ecclésiastique, car elle frappe d'anathème ceux qui oseraient dire que les *causes matrimoniales ne sont pas du ressort des juges ecclésiastiques* (Conci. Trid. Sess XXIV, Cau XII) ... La morale, cette base indispensable de l'ordre public, vous est trop sacrée pour qu'il soit jamais entrée dans vos vues d'avoir voulu l'ébranler ou l'affaiblir par une disposition législative ou autrement » (*Adresse collective des Evêques de la Suisse au Conseil fédéral concernant le divorce des mariages mixtes (Remise le 24 novembre 1861)*, FF 1861, III 59, p. 196-197) ; Pius HAFNER, *op. cit.*, p. 106, 107 not 49, 110-111, 120, 122, 131, 134-36).

¹⁴⁰ Des pétitions illustrent l'intransigence des autorités malgré des cas extrêmes. Par exemple, Anna Eberle née Bosshart, « protestante et bourgeoise de Wülflingen, Canton de Zurich, elle a épousé en 1852 François Eberle, chaudronnier, d'Einsiedeln. Déjà en 1854, son mari a émigré en Amérique et l'a abandonnée avec l'enfant né de leur mariage ; il a même depuis épousé en Amérique une femme de son district d'origine qui avait déjà des enfants et qui lui en a encore donné trois autres. Les autorités d'Einsiedlen sont parfaitement au courant de ces faits. C'est cependant en vain qu'elle a fait des démarches pour obtenir d'être divorcée avec l'homme qui l'a si malicieusement abandonnée. Le droit canonique en vigueur dans le Canton de Schwyz s'y oppose. Elle cherche à réfuter la pétition des évêques suisses » (*Rapport du Conseil national sur la question du divorce en matière de mariages mixtes du 20 janvier 1862*, FF 1862 I 8, p. 324).

¹⁴¹ *Loi complémentaire sur les mariages mixtes du 3 février 1862*. Il est intéressant de relever que certains cantons permettaient déjà le divorce pour les mariages mixtes : Berne (1824), Soleure, Thurgovie (1842) et Argovie (1847), FF 1862, I 8, p. 323.

¹⁴² Art. 1^{er} « Les demandes en divorce d'un mariage mixte sont du ressort du juge civil. Sont déclarés compétents les Tribunaux cantonaux à la juridiction desquels l'époux est soumis en matière de statut personnel. »

¹⁴³ Art. 2 : « Si des époux de confessions différentes sont soumis à une juridiction ou à une législation, qui dérogeant aux prescriptions de l'art. 1 n'admette pas l'action en divorce, celle-ci sera portée devant le Tribunal fédéral. ». Voir aussi le *Règlement sur le mode de procéder devant le Tribunal fédéral pour le divorce des mariages mixtes du 5 juillet 1862*, FF XIV, III, 43, p. 16-17.

Finalement, ces oppositions incessantes démontrent clairement que légiférer sur les seuls mariages mixtes est une impasse. A l'évidence, une refonte globale du droit du mariage s'imposait pour clore définitivement le débat.

C. La solution radicale : la laïcisation du mariage et de l'état civil en 1874

La révision de la Constitution fédérale en 1874 imposa une solution radicale, déjà opérée dans plusieurs pays européens, à savoir : la laïcisation du mariage.

Comment s'y prend-elle ? L'art. 49 al. 1 aCst. féd. pose le principe fondamental de la liberté de conscience et de croyance pour tous¹⁴⁵, aujourd'hui consacré par les articles 15 Cst. féd. et 9 CEDH. Désormais, les prescriptions religieuses ne lient plus l'État et la laïcisation du mariage n'est qu'une application de la liberté de conscience.

L'art. 49 al. 3 aCst. féd. règle l'épineux problème de l'éducation religieuse des enfants : « La personne qui exerce l'autorité paternelle ou tutélaire a le droit de disposer, conformément aux principes ci-dessus, de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans révolus ». C'est la reprise de la solution traditionnelle germanique. Il faudra attendre le Code civil de 1907 pour que la mère partage aussi ce droit mais, en cas de litige, le père décide, solution somme toute logique compte tenu de la société patriarcale d'alors¹⁴⁶. De plus, comme nous l'avons vu, l'art. 303 al. 2 CC,

¹⁴⁴ Art. 5 : « La question de savoir s'il doit être interdit à l'époux catholique de se remarier par le motif que son conjoint avec lequel il a été divorcé vit encore, demeure réservée à la législation cantonale. » C'est pourquoi, Bertoni, proposait au nom de sa commission un autre libellé de l'art. 5 : « La question de savoir si les époux divorcés peuvent contracter une nouvelle union, en raison des confessions religieuses différentes, n'étant pas du ressort de la législation civile, doit rester abandonnée à la liberté et à la conscience de chaque divorcée » (*Rapport de la minorité de la Commission du Conseil des Etat sur les mariages mixtes, du 30 janvier 1862*, FF 1862 I 9, p. 357).

¹⁴⁵ Art. 49 : « ¹ La liberté de conscience et de croyance est inviolable. ² Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse, de suivre un enseignement religieux, d'accomplir un acte religieux, ni encourir des peines, de quelque nature qu'elles soient, pour cause d'opinion religieuse. ⁴ L'exercice des droits civils ou politiques ne peut être restreint par des prescriptions ou des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse, quelles qu'elles soient. »

¹⁴⁶ Par le choix de cette solution, les autorités confirment que seul le mariage civil entre en ligne de compte et refusent de tenir compte des exigences canoniques. Toutefois, l'application était du ressort cantonal d'où la diversité des pratiques. Certaines législations cantonales prévoyant le partage de ce droit entre la mère et/ou l'autorité de tutelle lors du décès du père. L'arrêt du Tribunal fédéral du 3 février 1897 met en

interdit toute convention à ce sujet. La loi civile prime. Par conséquent, l'exigence d'éducation catholique des enfants est nulle au regard du droit suisse.

L'art. 53 aCst. féd est la disposition clé de la laïcisation du mariage. L'état civil et la tenue des registres sont du ressort des autorités civiles, c'est-à-dire aux mains d'un laïc, l'officier d'état civil¹⁴⁷. Cet article fait partie des dispositions dites de sécularisation ou de laïcisation introduites par la révision constitutionnelle de 1874, tout comme l'art. 58 al. 2 Cst.¹⁴⁸ qui abolit les juridictions ecclésiastiques rendant impossible une nouvelle affaire Kammenzind.

Ces dispositions transfèrent à l'État les tâches importantes qui étaient accomplies jusqu'alors par l'Église et subissaient de ce fait son influence¹⁴⁹.

Ce changement est aussi une conséquence de la liberté de conscience et de la liberté de culte garantie à tous les citoyens.

Enfin, la garantie fondamentale du droit au mariage introduite par la Constitution de 1874 est une étape importante qui clôt le conflit politico-religieux. L'art. 54 al. 1 aCst. féd. place le droit au mariage « sous la protection de la Confédération ». Ce principe permet d'éradiquer les entraves au mariage que certains cantons maintenaient. « Le droit de l'homme, de contracter mariage, et de fonder une famille est le premier et le plus naturel de tous les droits sociaux ; car c'est sur la famille que repose la commune, l'État et l'humanité »¹⁵⁰.

Le mariage civil est obligatoire et si les conjoints le souhaitent, ils peuvent le faire suivre d'une cérémonie religieuse. Mais cette dernière n'a plus aucune incidence civile.

exergue les conflits entre l'art. 161 du Code civil de Glaris accordant ce droit à la mère et l'art. 49 al. 3 Cst. qui le lui refusait (ATF 23 I 20-24, affaire Störi).

¹⁴⁷ « Les officiers de l'état civil doivent être laïques » (Alfred MARTIN, *Commentaire de la Loi fédérale concernant l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874*, Genève 1875, p. 16).

¹⁴⁸ Art. 58 : « ¹ Nul ne peut être distrait de son juge naturel. En conséquence, il ne pourra être établi de tribunaux extraordinaires. ² La juridiction ecclésiastique est abolie. »

¹⁴⁹ La laïcisation de l'état civil présente trois caractéristiques : son pragmatisme, son fondement démocratique et son fondement national (Alfred DUFOUR, « Conditions particulières, principes inspirateurs et étapes de la laïcisation de l'état civil en Suisse au XIX^{ème} siècle » in *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, recueils d'études édités par Sylvie GUICHARD-FRIEDORF, Bénédicte WINIGER, Victor MONNIER, avant-propos de Robert ROTH, Zurich / Bâle / Genève / Bruxelles 2003, p. 5-7).

¹⁵⁰ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant à la révision de la Constitution fédérale du 17 juin* (FF 1870, II 25, p. 797).

Les alinéas suivants de l'art. 54 sont autant de réponses aux anciennes difficultés. En particulier, l'alinéa 2¹⁵¹ exclut tout empêchement au mariage fondé sur des motifs confessionnels¹⁵², d'indigence¹⁵³, de conduite personnelle¹⁵⁴ ou sur des motifs de police¹⁵⁵. Ultérieurement, l'énumération exhaustive des articles 96 à 104 et 120 aCC concrétisera le principe de cette disposition.

En définitive, c'est la *Loi fédérale concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage du 24 décembre 1874*¹⁵⁶, adoptée juste quelques mois après la révision de la Constitution, qui permet la mise en œuvre effective du mariage civil. La loi prolonge le cadre fixé par la Constitution fédérale¹⁵⁷. Toutes deux mettent irrémédiablement fin au chaos des réglementations cantonales et religieuses sur les empêchements au

¹⁵¹ Art. 54 al. 2 : « Aucun empêchement au mariage ne peut être fondé sur des motifs confessionnels, sur l'indigence de l'un ou de l'autre des époux, sur leur conduite ou sur quelque autre motif de police que ce soit ».

¹⁵² « Non seulement les mariages mixtes ne doivent pas être rendus plus difficiles à contracter que les autres mais en plus, le droit fédéral n'admet pas les règles de droit canon en matière d'empêchement au mariage ; ainsi, la qualité de prêtre ne peut pas constituer un obstacle au mariage » (Alfred MARTIN, *op.cit.*, p. 76)

¹⁵³ La formule allemande est plus explicite *Ökonomischen Rücksichten*, (*Ibidem*, p. 76). Le Tribunal fédéral condamna le canton de Nidwald qui subordonnait l'autorisation du mariage de ses ressortissants avec une épouse étrangère à la commune au paiement d'une taxe lorsque les autorités soupçonnaient une insuffisance de ressources. Cette mesure, encore fréquente au XIX^e siècle, avait pour but de ménager les finances de la commune. En effet, celle-ci devait secourir ses ressortissants tombés dans le besoin. Non seulement le Tribunal fédéral jugea le maintien de ces cautions pécuniaires contraires à l'art. 54 Cst. féd. mais obligea l'administration de la caisse des pauvres de Wolfenschiessen à restituer les sommes perçues (ATF du 12 février 1875 (affaire Christen), RO I, 108-113).

¹⁵⁴ L'adultère est-il un motif d'empêchement de contracter le mariage ? La question sera rapidement clarifiée par le Tribunal fédéral qui répond négativement. Le but de la loi est de protéger les mariages et non d'empêcher de contracter les mariages même de façon désinvolte. De plus, interdire le mariage aux personnes adultères repose sur des principes moraux et non sur des motifs de police. (ATF du 20 février 1875 (affaire Graf), RO I, 98-100).

¹⁵⁵ C'est en vertu de ce principe que le Tribunal fédéral désavouera le gouvernement argovien qui s'opposait au mariage d'un homme en libération conditionnelle (ATF du 19 février 1876 (affaire Willi), RO II, p. 27-29)

¹⁵⁶ RO nouvelle série, t. I, p. 471.

¹⁵⁷ « Les oppositions au mariage sont plus promptement résolues dans la nouvelle loi. En effet, toute opposition qui n'est pas fondée sur un des motifs énumérés dans les articles 26, 27 et 28 dont nous venons de parler, doit être écarté d'office, et ne peut être prise en aucune considération. L'article 176 du Code civil permet au contraire aux ascendants de former opposition sans exposer les motifs » (« La loi sur l'état civil et le mariage » in : *Journal de Genève*, 27 février 1875).

mariage¹⁵⁸. Les oppositions incessantes auxquelles se heurtaient les conjoints de religions différentes sont désormais sans objet : la laïcisation du mariage les rend caduques. De plus, elle s'avère la meilleure garantie de la liberté de conscience et de croyance de tous les citoyens.

Aujourd'hui, plus aucun obstacle n'empêche un mariage mixte ou dispar si ce n'est les interdits sociologiques et religieux. Le droit au mariage est une évidence et fait partie des droits fondamentaux¹⁵⁹. Puisse-t-il un jour en être de même dans toutes les parties du monde.

¹⁵⁸ Mentionnons juste l'art. 25 de la Loi fédérale qui est la fidèle copie de l'art. 54 aCst. féd. et les articles 26 à 42 qui décrivent les modalités du mariage.

¹⁵⁹ Art. 12 CEDH, Pacte ONU II, art. 23.

De l'Empire à la Fédération: l'héritage impérial du fédéralisme européen et le problème de la souveraineté

Introduction

Les historiographies allemande et italienne du XIX^e et du début du XX^e siècle considèrent que c'est dans le Saint-Empire romain germanique qu'est née la république, en d'autres termes la liberté. Le Saint-Empire aurait conçu la liberté en réinventant la cité grecque tout en héritant du droit romain. Par opposition, les historiographies anglaise et française considèrent que le Saint-Empire n'est pas à l'origine de la république et qu'au contraire, c'est dans un Etat fort et centralisé, comme la France, qu'est née la république moderne. Cette littérature est allée encore plus loin en considérant le Saint-Empire et son développement comme sans intérêt pour l'histoire.¹

Ces vingt dernières années ont vu apparaître une littérature qui réinterprète l'histoire du Saint-Empire. Des ouvrages comme ceux de Karl Otmar von Aretin² ou Fred E. Schrader³ ont contribué à réviser l'idée que le Saint-Empire était une structure privée d'intérêt, voire un échec. En fait, le Saint-Empire était constitué de plusieurs niveaux, certes complexes, mais qui fonctionnait. Il a permis le développement d'un grand nombre de républiques urbaines fourmillantes, dont celles de la Hanse ainsi que les républiques du Nord de l'Italie, qui sont à l'origine du libéralisme économique en Europe. Au sein de cette union d'Etats foisonnaient des idées politiques novatrices.

Dans cette étude nous faisons le choix de lire l'évolution historique de l'Empire (Saint-Empire et ses successeurs) à travers le seul prisme du fédéralisme et de la souveraineté. Nous aurons une approche multidisciplinaire (histoire, théorie du droit et du fédéralisme) pour appréhender les

* Professeur invité, Programme de Maîtrise en Relations Internationales du Centre d'Excellence Jean Monnet ISES-Corvinus University à Köszeg.

¹ Kriegel, Blandine, « Etat de droit et empire, république et démocratie » in Thérét, Bruno (dir.), *L'Etat, la finance et le social*, la Découverte, Paris, 1995, pp. 256-7.

² Aretin, Karl Otmar von, *Vom Deutschen Reich zum Deutschen Bund*, Vandenhoeck und Ruprecht, 1993; *Das alte Reich 1648-1806*, vol. 3, Stuttgart, 1993-97; «The Old Reich: A Federation of Hierarchical System? » in *The Holy Roman Empire 1495-1806* (ed. Evans, R.J.W., Schaich, Michael, Wilson, Peter H.), The German Historical Institute London, Oxford University Press, 2011, pp. 27-42.

³ Schrader, Fred E., *L'Allemagne avant l'Etat-Nation, Le corps germanique 1648-1806*, PUF, Paris, 1998.

axes problématiques que nous énonçons. Nous défendrons l'idée que le Saint-Empire était une structure en tout cas préfédéraliste, voir fédéraliste en suivant l'évolution du Saint-Empire devenu empire dynastique des Habsbourg (1806) d'un côté et empire allemand (1871) de l'autre. Nous terminerons le parcours au XX^e siècle, après la chute des deux Empires, avec l'étude du projet de la Paneurope du comte Coudenhove-Kalergi, un Autrichien considéré comme le grand-père de l'Europe, de la façon dont Jean Monnet est considéré comme son père.⁴

Le choix de ce sommaire est peut-être surprenant, car nous proposons l'hypothèse de la connexion entre l'héritage du Saint-Empire et le premier mouvement significatif pour un fédéralisme européen connecté, lui-même, à l'idée de l'Union européenne que ce dernier a entamé. C'est un des défis de cet exercice intellectuel.

Commençons, tout d'abord, par définir les termes de confédération, fédération et souveraineté dans leur sens actuel par rapport à celui qui leur était donné à l'époque du Saint-Empire (surtout aux XVI^e et XVII^e siècles), nous pourrions alors étudier le débat historico-juridique posé par la relation entre empire (en l'occurrence le Saint-Empire) et fédération, d'une part, entre empire et souveraineté, d'autre part. Cette problématique nous permettra de faire un lien entre l'histoire et les questions politico-juridiques actuelles en découvrant le débat ouvert par une requalification de la confédération et de la fédération, tout en se penchant sur la problématique de la souveraineté qui est au centre du débat entre fédéralisme et Etat.

Définitions et concepts

Définitions contemporaines

En droit international, une confédération est une association d'Etats souverains et les sujets d'un Etat confédéral sont des Etats confédérés. «La répartition des compétences entre l'autorité confédérale et les autorités confédérées est assurée par la Constitution [...], la jurisprudence ou la négociation.»⁵ Cette définition française proposée par Pascal Chaigneau pose la fausse question de la Constitution puisque généralement celle-ci est l'acte fondateur d'un Etat fédéral. Cette définition contient donc une ambiguïté, car une confédération se crée par un traité international puisqu'elle n'est pas un Etat.

⁴ Chabot, Jean-Luc, *Aux origines intellectuelles de l'Union européenne, L'idée d'Europe unie de 1919 à 1939*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2005, p. 327.

⁵ Chaigneau, Pascal (ed.), *Dictionnaire des relations internationales*, Ed. Economica, Paris, 1998. (entrée: Confédération, p. 190).

Toujours selon le même auteur, la coopération entre les Etats de la Confédération est basée sur le principe de l'égalité des membres, qui conservent leurs droits régaliens tels que la défense, la monnaie, les finances, la diplomatie et la police.⁶ Selon Pascal Boniface, les Etats abandonnent «une partie plus ou moins importante de leurs compétences internationales à des organes confédéraux» tout en se réservant le droit à la sécession. «La confédération est un groupement de caractère international: ses membres bien que déléguant une partie de leur souveraineté, conservent leur indépendance».⁷ En général, une confédération est une phase transitoire vers la fédération.⁸ Mais elle peut aussi être une étape dans la désintégration d'une fédération (par exemple la Communauté des Etats Indépendants – dite CEI – de l'ancienne Union soviétique).

Pour Chaigneau, «une fédération unit des entités fédérées grâce à un pouvoir central, seul détenteur des pouvoirs régaliens de l'Etat (armée, monnaie, affaires étrangères).»⁹ D'après Boniface, dans une fédération, il y a partage des compétences entre l'autorité centrale (l'autorité fédérale) et ses membres (les Etats fédérés) qui restent distinctes. Les membres acceptent un abandon partiel de leur souveraineté tout en gardant le contrôle de certaines affaires. Il s'agit en général de l'administration territoriale, des affaires sociales, de l'éducation et de la police. L'Etat fédéral quant à lui — toujours selon Boniface — est compétent au minimum dans les Affaires étrangères, la monnaie et la défense commune. Un spécialiste du fédéralisme nous dit que des institutions fédérales doivent au moins bénéficier des Affaires étrangères communes, mais qu'une confédération, n'étant pas un sujet de droit international, ne peut ni avoir de ministère des Affaires étrangères commun, ni d'ambassades communes à l'étranger.¹⁰ Dans un Etat fédéral, l'autorité centrale est le détenteur des droits souverains des Etats fédérés et les membres n'ont, en principe, pas le droit à la sécession.¹¹ Une fédération est donc une entité autre que ses composants et elle est supérieure à ceux-ci. Une décision peut être prise contre le gré d'un composant et peut être imposée à tous les autres.

Nous pouvons constater qu'il n'y a pas de consensus sur les caractéristiques nécessaires pour arriver à une confédération ou une fédération si l'on

⁶ *Ibid.*

⁷ Boniface, Pascal (ed.), *Lexique des Relations internationales*, Ellipses, Paris, 1995 (entrée: Confédération).

⁸ *Ibid.*; Chaigneau *op. cit.*, p. 190.

⁹ Chaigneau, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰ Saint-Ouen, François, *Le Fédéralisme*, Infolio éditions, Gollion (CH), pp. 21-22. Saint-Ouen a aussi achevé et édité le *Dictionnaire du Fédéralisme* commencé par Denis de Rougemont.

¹¹ Chaigneau, *op. cit.*, (Fédération), pp. 191-3.

se limite à une *checklist* des soi-disant critères. Ce qui nous pousse à vouloir compléter ces définitions françaises par une définition anglo-saxonne de chacune des deux notions qui va moins dans le détail, mais résume l'essentiel: la Confédération est «une union d'Etats qualifiée au sein de laquelle chaque Etat garde son indépendance, garantie typiquement par le processus de prise de décision unanime.»¹² En effet, chaque entité doit être en accord avec une décision prise en commun, comme c'est actuellement le cas dans l'Union européenne, même si celle-ci est plus qu'une confédération. Pour ce qui concerne la Fédération, de nouveau, la définition anglaise est plus courte: «une distribution territoriale basée sur le partage de la souveraineté entre les corps central (habituellement national) et périphérique».¹³ Nous pouvons constater que cette définition reçoit moins l'influence du concept jacobin de l'Etat nation dont la souveraineté est indivisible.

Le manque de consensus sur les points qui font une confédération et une fédération incite à mettre en évidence ce qui semble être la différence essentielle entre ces deux notions: dans une confédération les membres délèguent et dans une fédération ils renoncent à certaines compétences.

Nous pouvons enfin ajouter à ces définitions qu'il existe deux processus, ou chemin, conduisant à l'Etat fédéral, soit par une transformation de l'intérieur «fédéralisme par désagrégation», soit par un processus d'alliance d'éléments extérieurs, c'est-à-dire «par agrégation». Le premier consiste en un découpage d'un état ou d'une colonie en provinces fédérales recevant de larges autonomies. Le second – auquel on se réfère le plus fréquemment – est l'union d'états souverains qui le plus souvent se «confédéralisent» puis se fédéralise en «sacrifiant» leur souveraineté, ou une bonne part de celle-ci, comme le firent les cantons suisses en 1848.¹⁴

Aujourd'hui de nouvelles réflexions sont entreprises dans le but de proposer une réinterprétation du fédéralisme. Celles du juriste Olivier Beaud sont particulièrement intéressantes, car elles éclairent d'une lumière nouvelle

¹² “A qualified union of states in which each state retains its independence, typically guaranteed by unanimous decision making.” Heywood, Andrew, *Politics*, Basingstoke-New York, 1997, p. 403.

¹³ “A territorial distribution of power based on the sharing of sovereignty between central (usually national) bodies and peripheral ones.” Heywood, *op. cit.*, p. 405

¹⁴ Beaud, Olivier, « Peut-on penser l'Union européenne comme une fédération » in *Europe : de l'Intégration à la fédération* (ed. Esposito, Frédéric, Levrat, Nicolas), Academia Bruylant – Université de Genève, Louvain-La-Neuve, 2010, pp. 80-81. Une fédéralisation est aussi possible par la reconnaissance d'un membre nouveau qui se trouvait déjà à l'intérieure d'un des Etats membres. Le Canton de Vaud (Suisse) en est un bon exemple. C'était une région savoyarde annexée par le canton de Berne au 16^e siècle, elle fut libérée et élevée au rang de canton par Napoléon Bonaparte en 1803. Après la période napoléonienne, Vaud fut maintenu comme un canton souverain de la Confédération helvétique.

les notions de Fédéralisme, d'Etat fédéral et de Confédération, dans un souci de bien définir la notion de Fédération par rapport à l'actuelle Union européenne, mais aussi de repenser l'Europe en réfléchissant à la notion de Fédéralisme. C'est une réflexion légitime, qui consiste à se demander si le Traité de Maastricht ne fait pas de l'Europe une sorte d'Etat fédéral. Olivier Beaud part du principe que la fédération et l'idée fédérale sont autonomes; il oppose «la fédération à ce qu'elle n'est pas, c'est-à-dire l'Etat.» Par conséquent, la fédération est différente de l'Etat fédéral. Donc, pour lui, le phénomène fédéral ne doit pas être vu sous l'unique angle de la souveraineté. En d'autres termes, il remet en cause la méthode consistant «à étudier le fédéralisme sous l'angle de la souveraineté et de son corollaire, la distinction entre l'Etat fédéral et la confédération.»¹⁵ Ce qui veut aussi dire que la différence entre confédération et fédération doit être effacée, car elle est désuète. Dans son analyse, la fédération devient «une union d'unités politiques égales» tandis que l'Etat fédéral «repose sur la relation de commandement et d'obéissance typique de la construction étatique».¹⁶

Aussi surprenant que cela puisse paraître, le concept d'empire, chez Beaud, n'est pas extrêmement éloigné de celui de la Fédération et de ce qu'est actuellement l'Union européenne: «la Fédération ressemble pour partie à l'Empire en ce qu'elle est un agrégat d'Etats, mais s'en distingue par le fait que cette union d'Etats est volontaire et librement consentie.»¹⁷ Ou encore: «La logique fédérative diffère de celle de l'Empire où l'extension du centre vers la périphérie se fait sans consentement des Etats, car la conquête se substitue au consentement.»¹⁸ En d'autres termes, c'est grâce au critère déterminant de «l'union librement consentie» que l'on peut distinguer la fédération de l'empire. Il faut également souligner une autre spécificité de ce dernier, celle d'être une structure hiérarchique.

Les thèses du juriste vont nous accompagner tout au long de cette démonstration afin de montrer que des préoccupations parallèles apparaissant dans les études historiques. Ceci nous incite à entamer notre retour dans le passé en analysant la notion de souveraineté au sein du Saint-Empire romain de la nation germanique, *Sacrum Imperum Romanum nationis Germanicae*, aux XVI^e et XVII^e siècles, puis de saisir ce qu'il y avait de con/fédéral dans cet Empire. Pour faciliter la lecture, nous dirons les fédéralismes, ou les modèles de fédéralisme, pour exprimer les deux formes fédérale et confédérale ensemble. Mais avant cela, découvrons une définition contemporaine de la souveraineté.

¹⁵ Beaud, Olivier, «La fédération entre l'Etat et l'empire» in Théret, Bruno (dir.) *L'Etat », la finance et le social*, la Découverte, Paris, 1995, p. 282.

¹⁶ *Ibid.*, p. 304.

¹⁷ Beaud, «Peut-on... », *op. cit.*, p. 73.

¹⁸ *Ibid.*, p. 87.

Il convient de souligner que le mot même de souveraineté est issu de souverain. C'est, en fait, une notion d'ancien régime: le souverain. Notre définition contemporaine s'appuie du reste sur un autre terme de l'ancien régime: «L'exercice de la souveraineté se définit par rapport aux droits régaliens dont dispose tout Etat indépendant.»¹⁹ Régalien vient de régale: «Droit considéré comme inhérent à la monarchie.»²⁰ Les droits régaliens de la souveraineté impliquent «l'exercice du pouvoir suprême, indépendant à l'extérieur et autonome à l'intérieur du territoire».²¹ Mais pourquoi ces termes entrent-ils dans une définition républicaine? On est forcé de constater que cette définition est encore largement inspirée de Jean Bodin. En guise de réponse, rappelons comment l'auteur des *Six livres de La République* envisageait le problème de la souveraineté.

La naissance du concept de souveraineté et son utilité à la France

Depuis Jean Bodin la souveraineté signifie, d'une part, l'indépendance absolue et l'autonomie de l'Etat; d'autre part, elle est présupposée indivisible. C'est la théorie classique de l'Etat.²² La souveraineté est aussi une notion républicaine dans le sens classique de *Res publica* (la chose publique) c'est-à-dire l'Etat, ce qui la rend compatible avec la royauté. La France est donc une monarchie républicaine et pour arriver à cette conclusion Bodin a dû lire les Grecs anciens, dont Aristote.²³ Ce concept repose sur un Etat qui doit être fort et donc unitaire à l'intérieur or, c'est le roi qui peut le rendre fort. A l'extérieur, la république doit s'opposer à l'idée d'un Empire universel unique (le Saint-Empire) qui de surcroît est son opposé puisqu'il a une structure décentralisée et féodale. Ainsi le droit de l'Etat souverain devient un instrument de combat idéologique avec une double cible: «à l'extérieur, il combat l'idée impériale; à l'intérieur, l'idée féodale, animé qu'il est contre l'une et l'autre pour affirmer la spécificité de l'Etat moderne et rationaliser le fonctionnement de la politique [...]»²⁴ Bodin définissait donc la souveraineté en tant qu'instrument d'émancipation de l'Empire, mais aussi comme un instrument devant servir, en son temps et plus tard, les intérêts de la France en affaiblissant l'Empire. Pour illustrer cette intention, il n'y a qu'à penser à la phrase qui se propagea dès cette époque: «le roi est empereur en son royaume».

¹⁹ Boniface, *op. cit.*, entrée : Souveraineté, p. 217.

²⁰ Dictionnaire *Le Petit Robert I*, Paris, 1991, sous l'entrée: Régale.

²¹ Boniface, *op. cit.*, p. 217.

²² Beaud, « La fédération... », p. 283; Kriegel, *op. cit.*, p. 263.

²³ Kriegel, *op. cit.*, p. 257-61.

²⁴ *Ibid.*, pp. 263-264.

En insistant sur l'opposition de la république à l'Empire, Bodin fait de la royauté française un champion de la monarchie républicaine – donc de l'Etat unitaire – et du droit de l'Etat souverain face à l'Empire qui soumet ses Etats, les empêche de devenir des républiques – donc des Etats – en leur soustrayant la possibilité de devenir souverain. En d'autres termes, l'empire – et ce qu'il y a de fédéral en lui – est mauvais puisqu'il empêche la souveraineté et la réalisation de la république. Pire, l'idée d'empire universel est opposée à la reconnaissance de la pluralité des Etats et donc à l'ordre international. Ce qui signifie que les structures supranationales, multiétatiques et par extension les modèles de fédéralisme sont contraires, eux aussi, à la pluralité des Etats et à l'ordre international.²⁵

Cette pensée politique avait une fin plus audacieuse encore. En effet, Richelieu caressait le rêve de voir un jour le roi de France devenir le chef de tous les princes de la Chrétienté.²⁶ Mais les motivations qui font naître la notion de souveraineté précèdent son auteur. François Ier convoite déjà le trône d'Empereur et après Pavie²⁷ – bataille qu'il perd contre Charles Quint – c'est à Jean Bodin qu'incombe la tâche de discréditer le Saint-Empire en le rendant illégitime.

La seconde mission de Bodin est de préparer des arguments contre les Habsbourg dont le vrai pouvoir est moins issu de leur couronne impériale que de leur couronne espagnole (Charles V et sa descendance), comprenant la moitié du monde connu, et de leurs couronnes liées aux possessions autrichiennes (portés par Ferdinand Ier et ses descendants qui règnent sur les royaumes d'Europe centrale). Même si elle est moins puissante qu'elle en a l'air, la couronne impériale est menaçante, car elle est un symbole qui tend à l'universel. Cet universel devient effectivement global par le lien de la *Casa d'Austria* qui connecte la couronne impériale aux possessions privées dont le

²⁵ Nous voici arrivés à une très intéressante similitude entre présent et passé. Olivier Beaud souligne que : « Dès le départ, il y a cette intuition selon laquelle la Fédération est une forme politique qui n'est pas réductible à l'Etat et qui est davantage qu'une organisation internationale. Il y a aussi cette seconde intuition selon laquelle la Fédération ressemble pour partie à l'Empire en ce qu'elle est un agrégat d'Etats [...]. C'est l'hypothèse de l'autonomie constitutionnelle de la Fédération; autrement dit, l'idée qu'il aurait un droit fédératif, qui serait distinct du droit étatique ou interétatique, et l'idée que la forme politico-juridique que j'appelle la Fédération doit être reconnue à part entière. » (Beaud, « Peut-on... », pp. 73-74.) La Fédération, telle que décrite par Beaud, est encore aujourd'hui contraire au droit international et il reste encore à le reconnaître dans la législation. Le poids de l'héritage de Bodin a toujours tendance à vouloir exclure la Fédération du système international.

²⁶ Osiander, Andreas, « Sovereignty, International Relations and the Westphalian Myth » in *International Organization*, no. 55, 2, Spring 2001, p. 260.

²⁷ Quand Charles Quint est élu empereur, la France se retrouve prise littéralement en étau à l'Est comme à l'Ouest, entre le Saint-Empire et le Royaume d'Espagne.

joyau est le royaume d'Espagne avec ses colonies où «le soleil ne se couche jamais». Logiquement, la France ne voulait plus voir cet universalisme temporel et global au-dessus d'elle.

Contrairement à la propagande française, il n'y a pas eu d'opposition entre la monarchie et la république dans le Saint-Empire, puisque cette «super-monarchie» élective et décentralisée contenait plusieurs républiques urbaines qu'elle a toujours tolérées en son sein: surtout les républiques italiennes et celles de la Hanse. Elles furent dirigées, la plupart du temps, par des oligarchies et elles représentent la forme encore limitée et censitaire de la république démocratique contemporaine. Malgré cela, la France considère l'Empire comme une prison des Etats, concept qui se transformera, suite à la Révolution française, au Printemps des Peuples (1848) et au Compromis austro-hongrois (1867) en «prison des peuples». C'est donc bien avant la Révolution et l'Etat nation que la France prépare les arguments pour en finir avec l'Empire et la dynastie des Habsbourg et fait démarrer la gestation du concept de l'Etat unitaire et souverain (suivi du concept de la Nation et de l'Etat nation) contre l'Empire et par extension le fédéralisme.

Ces constatations enlèvent bien du lustre au concept moderne de souveraineté qui se révèle, ici, comme un instrument de propagande à l'encontre du Saint-Empire et comme une munition idéologique tirée à défaut d'une bataille gagnée; celle de Pavie.

Mais là ne s'arrête pas l'effet de la bombe à retardement idéologique de Bodin. Il émancipera le pouvoir temporel du pouvoir spirituel du pape. Les rois de France s'en réjouissent puisqu'ils peuvent concevoir leur Etat comme étant émancipé de l'Eglise – ce qui sert les promoteurs du gallicanisme – et de son gardien séculier, l'empereur, qui est au-dessus des rois. Louis XIV peut alors devenir «Lieutenant de Dieux sur terre» un monarque de droit divin. Plus tard, Bodin sera considéré inexactement comme le premier à distinguer l'Etat du système de gouvernement et à laïciser le pouvoir en le séparant d'une association à un ordre supérieur, qu'il soit naturel ou divin.²⁸ Il en résulterait que les défenseurs des deux types de pouvoirs (royal et républicain révolutionnaire) acceptent sa doctrine. A la défaveur des rois de France, l'unicité souveraine inspire une pensée républicaine en opposition à la

²⁸ Il convient de souligner que l'interprétation laïciste de Bodin n'apparaît que plus tard et qu'à son époque la doctrine de la souveraineté ne pouvait s'émanciper que des pouvoirs terrestres, mais pas célestes. S'émanciper du pape était déjà fort audacieux. Bodin disait bien que la souveraineté est le pouvoir de commander et de contraindre sans être commandé ni contraint par qui que ce soit sur la terre. Cette doctrine éliminait l'intermédiaire du souverain pontife et donnait la possibilité au roi de France de recevoir le pouvoir directement de Dieu; possesseur de tous les pouvoirs, célestes comme terrestres.

monarchie, qui deviendra laïque et trouvera sa légitimation en elle-même.²⁹ Selon Blandine Krigel, l'effet est bouleversant sur toute la pensée européenne puisque depuis Bodin toutes les philosophies politiques modernes – comme ceux de Spinoza, Hobbes, Locke et Rousseau – sont républicaines.³⁰

Le Saint-Empire, la fédération et la souveraineté

Le Saint-Empire une UE avant la lettre ou une Fédération?

On peut dire, en paraphrasant le titre d'Olivier Beaud, que l'Empire se situe entre l'Etat et la Fédération.³¹ Il n'est ni l'un ni l'autre. Il est, néanmoins, une structure supranationale³² avant la lettre, qui tolère une certaine autonomie chez ses membres.

Bien qu'aux XVII^e et XVIII^e siècles Versailles se plaisait à désigner le Saint-Empire sous les termes de *confédération germanique*, la plupart des Etats allemands n'avaient pas assez d'autonomie pour se confédérer et ils avaient «besoin des infrastructures de l'Empire pour survivre».³³ Il est donc préférable d'assimiler l'Empire à une fédération qu'à une confédération. Voyons donc les infrastructures ou institutions qui permettent de le rapprocher d'une fédération voire d'un objet comme l'Union européenne.

Il est intéressant de constater les parallèles entre l'Empire et la Fédération ou entre l'Empire et l'Union européenne. Tout d'abord le dualisme: l'Empire était un système dualiste dans lequel cohabitaient deux pouvoirs. L'empereur était en effet entouré des Etats (au sens de l'ensemble des notabilités de l'Empire, comme les Etats de la noblesse et du clergé en France), qui jouaient le rôle de contrepouvoir non sans bénéficier de la capacité à créer des conflits comme en Bohême.³⁴ Dans une fédération, cette dualité existe par le fait même qu'il y existe une puissance fédérale et des puissances fédérées.

²⁹ « Nous avons vu le mouvement révolutionnaire français reprendre le schéma bodinien d'une unité républicaine découlant de l'unicité souveraine, cristallisant son absolutité sous la forme de la Loi » Demelemestre, Gaëlle: *Les deux souverainetés et leur destin, le tournant Bodin-Althusius*, Eds du Cerf, Paris, 2011, p. 262.

³⁰ Krigel, *op. cit.*, p. 259.

³¹ Le titre donné par Olivier Beaud à son article « La Fédération entre l'Etat et l'Empire » est révélateur du souci de définir où se trouve et se trouvera la notion de Fédération entre les deux notions de l'Etat et de l'empire.

³² Les définitions modernes de la nation (Kulturnation – Staatsnation) apparaissent qu'entre le XVIII^e et XIX^e siècle.

³³ Schrader, *op. cit.*, p. 13.

³⁴ Les états de Bohême étaient protestants et l'empereur catholique. C'est cette différence et les revendications de la noblesse tchèque qui furent à l'origine de la guerre de Trente Ans qui commença avec la défenestration des émissaires de l'empereur à Prague.

Une autre similitude est le système des *Kreise* (les Cercles). L'empire en comptait dix – Autriche, Bavière, Franconie, Souabe, Bourgogne (Pays-Bas et Franche-Comté), Haut-Rhin, Rhénanie électorale, Bas-Rhin-Westphalie, Basse-Saxe et Haute-Saxe – qui regroupaient elles-mêmes plusieurs Etats (principautés, républiques urbaines...) comme des Eurorégions actuelles. Elles avaient pour but de renforcer le consensus dans les territoires de l'Empire, en posant un niveau intermédiaire entre l'empereur et les «Etats», c'est-à-dire les nobles, de l'Empire. Les réformes de 1500 et 1507 renforcèrent les Cercles chargés de surveiller la nomination des juges de la Chambre de Justice impériale (*Reichskammergericht*) jusqu'en 1806, ainsi que les Régiments impériaux (réformes de 1500 et de 1522), puis pour coordonner les contingents militaires territoriaux chargés de maintenir la paix et la défense «nationale». Les Cercles furent aussi des collectivités autonomes permettant de coordonner les solutions à des problèmes régionaux tout en étant les principaux agents de l'administration impériale. Ce système fut très utile pour les Cercles «microterritorialisés» comme la Franconie et la Souabe où les petites diètes de Cercles se réuniront souvent pour débattre des problèmes d'intérêt régional.³⁵ Bien que les Cercles n'avaient pas le même but que les Eurorégions actuelles – ils renforçaient le contrôle de l'empereur sur les Etats de l'empire, tandis que les Eurorégions promeuvent la coopération transfrontalière et transnationale et donnent de la visibilité à une petite région qui en ferait partie – ils ont cela de semblable qu'elles favorisent la cohésion, permettent la coopération et une meilleure représentation des intérêts vers le centre politique de ces deux structures décentralisées.

Nous pourrions continuer les parallèles avec le Reichstag et le Parlement européen, entre les Cours impériales et la Cour européenne de justice, entre la défense impériale et la défense européenne (qui reste encore à faire) et même entre les systèmes de taxation de ces deux structures. Il ne serait pas surprenant de découvrir que les pères de l'Europe moderne se sont inspirés de l'Empire en construisant l'Europe unie, car il y avait de la matière à y puiser. Néanmoins, notre étude ne se prête pas à une telle analyse approfondie; limitons-nous à dire que l'Empire – en l'occurrence le Saint-Empire – combine des éléments monarchiques, hiérarchiques et fédéraux.

Mais dès à présent on peut proposer une exception à la différentiation établie par Olivier Beaud entre la Fédération et la notion générale d'empire (le fait que l'empire se maintient par la force.) Notons en effet que dans le Saint-Empire, ce sont les princes électeurs qui élaient l'empereur. Ainsi sept, puis seize, princes décidaient, en théorie librement, du choix de la présidence de l'Empire. Ils donnaient leur consentement à cette structure et à

³⁵ Wilson, Peter, H., *The Holy Roman Empire 1495-1806*, Macmillan Press, London, 1999, pp. 56-57. Noël, Jean-François, *Le Saint-Empire*, Puf, Paris, 1976, pp. 82-83.

sa continuation à chaque élection. C'est donc par la volonté de Dieu et de seize princes puissants, et non de tous, que dépendait le maintien du Saint-Empire. La volonté de fédération ne dépendait pas de l'unanimité ni de la majorité des Etats membres, mais d'un nombre limité.

Remonter encore plus loin dans l'histoire et considérer l'Union européenne comme descendant de l'Empire de Charlemagne n'est pas non plus sans fondement. Charlemagne est l'ancêtre commun de deux nations: la France et l'Allemagne.³⁶ Cette descendance se justifie d'autant plus si l'on considère que les protonations allemande, française et italienne, qui faisaient partie de cet Empire, furent les précurseurs de l'EU en fondant la CECA. Elles étaient – et le sont encore au sein du G-8 – les principales puissances de l'Europe. Sept siècles plus tard, la domination de la «Casa d'Austria», de l'Espagne aux Balkans, allait donner une dimension véritablement continentale à l'Empire et renforcer le lien de similitude entre Empire et Union européenne.

En d'autres termes, le Saint-Empire romain germanique – bien qu'il fût une monarchie élective reconnaissant un *primus inter pares* et non une présidence tournante – était une structure plus proche, par exclusion, de l'Union européenne que de l'Etat fédéral et de la confédération. L'Union européenne, en effet, n'est ni une confédération ni une fédération et elle a cela en commun avec l'Empire.

Arrivé à ces constatations il reste à comprendre comment le Saint-Empire était perçu par les penseurs contemporains qui y vivaient. L'environnement décentralisé du Saint-Empire était propice à l'élaboration de pensées politiques nouvelles. Ce sont des idées à caractère confédéraliste qui y se sont d'abord développées, d'après Fred Schrader. Les auteurs qui les théorisèrent avaient pour but de «donner du soutien aux princes protestants et aussi contrecarrer le pouvoir de l'empereur.»³⁷ Un certain Johann Althusius (1557-1638) serait allé plus loin en décrivant le concept de fédéralisme bien avant Kant³⁸. Selon Otto von Guericke, c'est en différenciant la *Bundesstaat* (Etat Fédéral) de la *Staatenbund* (Fédération d'Etats ou Confédération) qu'Althusius invente la notion de fédéralisme dans le but de défendre le pro-

³⁶ La République fédérale allemande remet aujourd'hui le Prix Charlemagne «Karlspreis» à Aix-la-Chapelle à de grands Européens: «Ce Prix sera attribué chaque année à des personnalités méritantes qui ont fait avancer l'idée de l'unification occidentale sur le plan politique, économique et culturel. » Source: http://www.karlspreis.de/franzoesische_texte/la_proclamation_de_1949.html (11.11.2011).

³⁷ Schrader, *op. cit.*, p. 14

³⁸ Kant avait une conception bien différente du fédéralisme. Elle fut idéaliste et antiétatique et devait être un instrument de pacification en combattant le bellicisme. Beaud, «La fédération...», p. 292.

testantisme, les franchises et les droits municipaux contre les suzerains et les nobles à Emden en Frise, la Genève du Nord.³⁹ Mais comme le défend Heinz Eulau – en se référant en partie à C. J. Friedrich –, Gierke a mal interprété Althusius qui se limite, dans notre terminologie contemporaine, à différencier un gouvernement local d'un gouvernement décentralisé. C'est, en fait, un homme politique, Ludolph Hugo (ca. 1630-1704), qui expliqua la division de la souveraineté entre «super-état» et «subétat» en 1661. Il ouvrit le débat en observant qu'il y a deux sortes de gouvernement à l'intérieur de l'Empire: l'Empire forme un état, mais chacun des territoires individuels a sa propre autorité et forme un état spécial dans un état supérieur.⁴⁰ Hugo est donc celui qui avait compris en premier l'essence du fédéralisme. Althusius quant à lui développa la notion de subsidiarité qui apparaissait déjà chez Saint Augustin.

Malgré les constatations de Hugo sur le Saint-Empire, l'Etat fédéral, en tant que tel, devra attendre la fin du XVIII^e siècle pour apparaître sur le continent du Nouveau Monde avant de revenir en Europe avec la transformation de la Suisse de *Staatsbund* à *Bundesstaat* (1848). Il convient de souligner qu'à cette époque il régnait une certaine confusion entre les deux notions. Dans le cas de la Suisse, on continuait – et continuons encore aujourd'hui – à nommer cette fédération une confédération bien qu'elle ait les caractéristiques d'un état fédéral.

Le Saint-Empire et la souveraineté

Les définitions étudiées nous montrent qu'un paramètre important de la fédération réside dans le degré de souveraineté de ces membres. L'idée de souveraineté dans les relations internationales provient des Traités de Westphalie; or ces traités posèrent précisément le problème de la souveraineté des Etats au sein du Saint-Empire. Selon l'historiographie du XX^e siècle, ces traités garantirent la souveraineté d'une multitude de petites monarchies et républiques non sans que ces mêmes petits états fissent partie de l'Empire. Il convient donc de comprendre ce qu'est vraiment cette souveraineté.

Torbjörn Knutsen observe que la souveraineté, telle qu'elle a été affirmée en Westphalie, est constituée de la territorialité, de la Majesté du prince (le prince exige l'obéissance de ses sujets) et du pouvoir militaire.⁴¹ Rappelons que pour Jean Bodin la souveraineté signifie, d'une part, l'indépendance

³⁹ Gierke, Otto von, *Political Theories of the Middle Ages* [1900], Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 13.

⁴⁰ Eulau, H. F. Heinz, « Theories of Federalism under the Holy Roman Empire » in *The American Political Science Review*, vol. 35, August, 1941, pp. 648-51.

⁴¹ Knutsen, Torbjörn, *History of International Relations Theory: an Introduction*, Manchester University Press, New York, 1992, pp. 76-78.

absolue vers l'extérieur et l'autonomie de l'Etat à l'intérieur;⁴² d'autre part, elle est présumée indivisible. Qu'en dit le Traité de Munster (Westphalie 1648)? La territorialité et les privilèges des Etats sont bien mentionnés, cependant il y manque l'indépendance à l'égard de l'extérieur. Le traité donne *de jure* une autonomie intérieure, mais il ne donne pas l'indépendance, et donc la souveraineté entière, vers l'extérieur – il est, en effet, permis de contracter des alliances avec l'extérieur seulement si une telle alliance n'est pas dirigée contre l'empereur et la paix publique, car chacun reste attaché par le serment fait à l'empereur.⁴³ Puis il y a le maintien du système des Cercles qui permet un contrôle impérial et la levée de troupes. Ce caractère incomplet de l'indépendance extérieure est donc limité par un serment fait à un monarque, qui pourrait être comparé aujourd'hui à l'adhésion à une organisation internationale comme l'ONU – qui impose le respect des résolutions de son Conseil de Sécurité – ou bien à l'EU qui impose encore plus de contraintes aux membres adhérents. La différence est que chaque Etat fait partie de l'ONU ou de l'EU de son propre gré et qu'elles ne sont pas des structures hiérarchiques comme l'Empire.

Les acquis des traités de Westphalie et leurs impacts sur les relations internationales sont remis en cause par une école qui montre que certains Etats n'y acquièrent pas véritablement la souveraineté. Un de ces représentants est l'historien Andreas Osiander,⁴⁴ qui affirme que les Etats de l'Empire bénéficiaient d'une forme d'autonomie dénommée *Landeshoheit* ou *superioritas territorialis*; terme qui peut se traduire par «juridiction territoriale», plus précisément juridiction territoriale dans un régime légal externe partagé par différents acteurs.⁴⁵ Qualifier cette forme d'autonomie de souveraineté est donc erroné selon Osiander.

Cette thèse est convaincante. D'une part, il souligne que la souveraineté des Etats comme la France était déjà acquise et qu'il n'était par conséquent guère besoin d'inventer. Il montre, d'autre part, que les «anciens droits,

⁴² Kriegel, *op. cit.*, p. 263. La définition contemporaine la souveraineté, comme exprimée par un ouvrage anglais, n'a guère changé depuis Bodin: «Principle of absolute and unlimited power with distinctions between **legal** – **political** and **internal** – **external** sovereignty.

Legal: supreme legal authority unchallengeable right to demand compliance as defined by law.

Political: unlimited political power by commanding obedience.

Internal: notion of supreme power within the State located in the body that makes decision that are binding to all citizens.

External: A State's place in the international order and its capacity to act as an independent and autonomous entity." (Voir Glossaire, Heywood A., *Politics...*)

⁴³ Le Traité de Munster le dit clairement dans son article LXIV

⁴⁴ Osiander, *op. cit.*, pp. 251-287.

⁴⁵ Osiander, *op. cit.*, p. 270-73, 283.

prérogatives, libertés, privilèges»,⁴⁶ y compris la notion de territorialité, furent confirmés d'où l'interprétation que tout cela équivaudrait à la souveraineté. Or, il s'agit d'anciens privilèges déjà confirmés, en d'autres termes rien de bien nouveau. Osiander ne dit pas seulement que l'idée de souveraineté n'était pas nouvelle, mais que le fait de penser à la souveraineté comme un produit de 1648 est une idée du XIX^e et XX^e siècle lié à l'apparition des Etats nations.

Osiander omet, néanmoins, de mentionner la création du droit international moderne avec la publication en 1625 du *Droit de la Guerre et de la Paix* par le juriste Hugo Grotius. En effet, dès le XVII^e siècle, c'est le renforcement du droit international qui reconnaît «l'égalité et la pluralité des Etats souverains dont les relations doivent être régies par le consentement et par le pacte et qui met fin à l'idée d'empire universel» selon Blandine Kriegel.⁴⁷ S'il est vrai que Grotius a fait souffler un vent nouveau dans les relations internationales, c'est seulement graduellement que les Etats du Saint-Empire se sont émancipés de l'empereur, jusqu'à entrer en guerre de nouveau contre lui; ce qui fut le cas pour le roi de Prusse Frédéric II pendant la guerre de succession d'Autriche. Toutefois, il aura fallu d'abord que la Prusse – attachée au Brandebourg – se libérât de la suzeraineté de la Pologne pour devenir la nouvelle puissance du XVIII^e siècle. D'ailleurs, la Prusse resta, malgré sa puissance croissante, membre du Saint-Empire jusqu'à la dissolution de celle-ci. Fin qui fut décidée par une force extérieure: l'armée de Napoléon. Alors, quelle était la raison pour que la Prusse restât dans l'Empire? L'appartenance à l'Empire garantissait à ses membres une légitimité ainsi que la reconnaissance de leur statut et de leurs possessions. Hors de l'Empire, il aurait fallu des années pour que les autres Etats européens reconnaissent un royaume de Prusse indépendant.⁴⁸ Le Saint-Empire est donc loin d'être terminé avec les Traités de Westphalie.

En d'autres termes, si la souveraineté des Etats composant le Saint-Empire peut être contestée, l'apport de nouvelles normes dans les relations internationales ne l'est pas. Et ce sont ces normes qui renforceront la souveraineté des Etats au sens général, qu'elles soient à l'intérieur ou à l'extérieur du Saint-Empire.

Le parallèle qui peut être tiré entre les études d'Olivier Beaud et Andreas Osiander est qu'il y a un souci dans les deux disciplines – le droit et l'histoire – de réviser la notion de souveraineté jusqu'à ses origines modernes issues de la définition de Bodin et des traités de Westphalie qui la renforcent. Tout en parlant de la Fédération, Beaud rejoint Osiander dans sa critique de la théorie

⁴⁶ Art. LXIV du Traité de Munster.

⁴⁷ Kriegel, *op. cit.*, p.264

⁴⁸ Osiander, *op. cit.*, p. 279.

du Droit international et de la définition de la souveraineté. En effet, en décrivant la problématique de la Fédération, Beaud insiste sur la fausse distinction faite entre Confédération et Etat fédéral, qui a été «mise en circulation depuis plus d'un siècle par la théorie générale de l'Etat et par la doctrine du droit international.»⁴⁹ Il souligne aussi que ni la souveraineté ni la *summa divisio* entre Confédération et Etat fédéral ne peuvent rendre compte du phénomène fédéral, qui est une notion à part. En exposant le problème de la souveraineté, il affirme que «la théorie de l'Etat souverain repose essentiellement sur l'idée de l'égalité de droit des Etats, elle ne conçoit l'Etat que doué d'une puissance suprême impliquant son entière indépendance; elle résiste à toute notion de subordination hiérarchique entre Etats.»⁵⁰ D'après cette définition, il est clair que les Etats souverains ne peuvent exister au niveau légal à l'intérieur du Saint-Empire, ni au temps de Bodin, ni au temps de Hobbes et même pas au temps de Rousseau. D'ailleurs Bodin n'arrivait pas à cerner fidèlement le statut d'un autre cas à part qui était la République helvétique qui échappait aussi à «la dichotomie entre entité souveraine et entité non souveraine.»⁵¹

Cela veut dire que les institutions du Saint-Empire restaient les instances supérieures des Etats membres et que l'empereur n'était pas qu'une fonction symbolique. Néanmoins, certains auteurs, comme G. Demelemestre, prétendent que l'empereur n'était pas souverain et qu'il jouait qu'un rôle de médiateur ou de modérateur.⁵² Ce malgré le fait que le philosophe Leibniz – contemporain de Hugo – interprétait la Majesté (*Majestas*) de l'empereur comme supérieure à la notion de souveraineté et à la «souveraineté» des Etats membres.⁵³

Cette divergence d'interprétation sur la vraie nature du pouvoir de l'empereur ne fait que démontrer qu'il n'y a pas de consensus parmi les universitaires sur la localisation de la souveraineté dans le Saint-Empire. A notre avis, ces argumentations divergentes pourraient bien faire égaliser la balance entre les deux écoles dans le sens d'une sorte de «souveraineté partagée» au sein de l'Empire entre l'empereur et les membres.

Pour ce qui concerne l'Empire comme territoire, c'était un tout constitué d'innombrables petits «états» qui déléguaient une partie de leur pouvoir et de leur souveraineté à l'administration impériale dont la hiérarchie était

⁴⁹ Beaud, «La fédération...», p. 286.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 283

⁵¹ Beaud, «Peut-on...», p. 77.

⁵² Demelemestre, *op. cit.*, p. 152-160 ; Stollberg-Rilinger, B., *Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation, Von Ende des Mittelalters bis 1806*, C.H. Beck, 2006, pp. 7, 118.

⁵³ Riley, Patrick, «The Origins of Federal Theory in International Relations Ideas» in *Polity*, vol. 6, no 1, 1973, p. 115.

chapeauté par l'empereur. Ce qui rapproche sensiblement le Saint-Empire du fédéralisme contemporain. Il serait faux de croire que les Etats de l'Empire souhaïtaient le quitter, surtout les plus petits, qui existaient grâce à lui et avaient pu y acquérir une certaine souveraineté, surtout interne, depuis Westphalie.⁵⁴

La problématique de la souveraineté – partagée ou pas – n'apparaît dans le Saint-Empire qu'après Bodin. Avant, elle ne se posait point, car le Saint-Empire était l'empire de la diversité – tout aussi politique que sociale – et celui des associations flexibles avec des fédérations comme le *Bund*. Une alliance de villes possédant l'immédiateté impériale (ne dépendant que de l'Empereur) qui leur assurait une autonomie par rapport aux princes locaux. Le *Bund* permettait aux villes de défendre leur intérêt en se liguant. L'appartenance aux Cercles n'était pas une obligation ou une constante du Saint-Empire puisque la Confédération helvétique et les territoires italiens n'en faisaient pas partie.⁵⁵ Ce pluralisme montre que le Saint-Empire était une structure complexe à géométrie variable, avec des assemblages divers et variés qui s'entrecoupaient, ou étaient à part, tout en étant membre du grand tout, de l'universel du Saint-Empire. Comme nous l'avons vu, c'est contre cet universalisme que la France avait déclaré la guerre avec la doctrine de la souveraineté. Malgré ses efforts, ce n'est pas encore en Westphalie que s'arrête l'existence du Saint-Empire. Cela n'empêche pas que la rivalité, intérieure à l'Empire, entre les Habsbourg et les Hohenzollern allait contribuer à affaiblir la souveraineté ou «majesté» de l'empereur sur le Saint-Empire jusqu'à la fin de celui-ci. C'est par la croissance de la supériorité militaire que la Prusse va faire de l'ombre au prestige de la «majesté» de l'empereur.

L'évolution du fédéralisme dans les Empires centraux

La création des deux empires

Une fois que la doctrine de la souveraineté avait pris en Europe, que la France arrivait à contrebalancer les Habsbourg en installant les Bourbons en Espagne et que le pouvoir des Habsbourg déclinait à la faveur de la Prusse, la France cherchait de moins en moins à contester la puissance des Habsbourg ou à s'opposer au Saint-Empire que la dynastie présidait toujours. En fait, la France avait réalisé que le Saint-Empire, sous la direction des Habsbourg, avait son utilité pour l'équilibre des pouvoirs en Europe en contrebalançant la nouvelle puissance montante qu'était la Prusse. Les rapports étaient même

⁵⁴ Aretin, «The Old Reich...», p. 40-41.

⁵⁵ Demelemestre, *op. cit.*, pp. 146-51 ; Noël, *op. cit.*, p. 83.

devenus plus proches avec le mariage de Marie-Antoinette avec Louis XVI et à la Révolution, la famille royale comptait sur l'aide de l'Autriche.

Après la Révolution française, «la délivrance» des Etats allemands du Saint-Empire s'était faite grâce à Napoléon en 1806, à travers la création de la Confédération du Rhin. Talleyrand avait écrit à Napoléon trois jours après la bataille d'Austerlitz les mots suivants: «Votre Majesté peut maintenant briser la monarchie autrichienne ou la relever. Une fois brisée, il ne sera pas au pouvoir de Votre Majesté elle-même d'en rassembler les débris épars et d'en recomposer une seule masse. Or l'existence de cette masse est nécessaire. Elle est indispensable au salut futur des nations civilisées.»⁵⁶ Napoléon ne l'acheva donc pas et fit maintenir l'antique verrou de l'Europe, l'empire personnel (*Kaisertum* au lieu de *Reich*) de la dynastie autrichienne. Ce fut, pourtant, la fin du Saint-Empire et après la défaite de Napoléon en 1815 la Confédération germanique, regroupant 39 Etats, fut créée. Cette dernière était une vraie confédération d'Etats souverains et non un Etat fédéral; une ligue d'Etats souverains. Metternich l'avait créée pour rétablir une certaine influence des Habsbourg sur le territoire de l'ancien Saint-Empire. Sa vie fut pourtant courte, car c'est la Prusse qui allait reprendre la place de l'Autriche; cela se matérialisa après la bataille de Sadowa par la création de la Confédération d'Allemagne du Nord, le 18 août 1866, regroupant les Etats allemands du Nord en une alliance militaire. En 1867, une Constitution fut rédigée et ratifiée par le Reichstag, stipulant la présidence du roi de Prusse qui nommait un chancelier et convoquait deux chambres; le Bundesrat et le Reichstag. Dès le début de sa domination sur les autres Etats allemands, la Prusse transforma l'alliance en une fédération plutôt qu'une confédération, tout en ayant une forte tendance à s'inspirer de l'Etat nation.⁵⁷ Par conséquent, la nation primait l'idée dynastique des Habsbourg. C'est bien le modèle de l'Etat fédéral, mais monarchique, qui se dessina après Sadowa et qui allait subordonner les différents royaumes, principautés et anciennes républiques urbaines, tous allemands, à la dynastie des Hohenzollern qui se réservait la souveraineté extérieure en tant que *Kaiser* de l'Etat fédéral impérial. Par conséquent, cette dynastie prenait la relève des Habsbourg, aux pouvoirs fortement réduits depuis 1806.

⁵⁶ Mignet, François-Auguste, « Le prince de Talleyrand » in *Revue des deux mondes*, tome 18, Paris, 1839, p. 456.

⁵⁷ Cf. Le débat identitaire sur la nation fédérale et l'Etat nation en Allemagne du Sud-Est est bien décrite dans: Buschmann, Nikolaus, 'Between the Federative Nation and the National State: Public Perceptions of the Foundation of the German Empire in Southern Germany and Austria' in Cole, Laurence, *Different Paths to the Nation, Regional and national Identities in Central Europe and Italy, 1830-70*, Palgrave Macmillan, Houndmills Hamshire and New York N.Y., 2007, pp. 157-179.

Le pas décisif fut fait avec la proclamation du Reich allemand en 1871. Plus aucun doute ne pouvait encore peser sur la nature de la nouvelle union: c'était un Etat fédéral dominé par l'empereur et son chancelier, Bismarck, auteur d'une constitution destinée à établir l'hégémonie prussienne. En plus d'être un Etat fédéral, la Prusse était aussi un Etat nation de type allemand, la *Kulturnation* pensée par Herder et Fichte. La *Kulturnation*, c'est la nation ethnique avec ses références à la langue et à la nation, puis à la religion (en l'occurrence, le luthéranisme). Tandis que l'Etat nation à la française, une et indivisible, comprend tout le peuple français sans distinction d'origine, de race ou de religion.⁵⁸ Aux Etats de la Confédération de l'Allemagne du Nord, luthériens, furent rattachés des Etats catholiques du Sud comme le Wurtemberg et la Bavière, alliés naturels des Habsbourg, mais pour lesquels était mise en avant la référence ethnique, primant la confession. Ceux qui faisaient partie du Reich allemand parlaient allemand.

Cette politique ethnique eut pour conséquence le déplacement de la tradition multiethnique du Saint-Empire vers les possessions de la *Casa d'Austria* – où les allemands étaient bien minoritaires – devenue Empire d'Autriche en 1806. Avec le Printemps des Peuples en 1848, l'Empire multiethnique devint multinational, puisque chaque peuple revendiquait son propre Etat nation.

Suite à une période désignée comme «néo-absolutiste», l'Autriche dut se transformer. À la bataille de Sadowa, elle perdit son influence sur les Etats allemands; les Habsbourg se retirèrent sur leurs terres dynastiques. Or, pour survivre, ils durent faire des concessions à la Hongrie. Les Habsbourg apprenaient à gérer un Etat multinational et à faire de la «gouvernance multiethnique».

De la Monarchie dynastique à la «Multination»

Cela ne veut pas dire, pour autant, que la dynastie des Habsbourg fût toujours ouverte aux idées réformatrices. Les efforts conduits par le chancelier Metternich au Congrès de Vienne nous prouvent le contraire. Il est indéniable que dans le Saint-Empire et dans l'Empire d'Autriche les Habsbourg cherchaient à maintenir un certain absolutisme; Louis XIV ne fit-il pas de même en France? Mais en 1848, le souffle de la Révolution française en direction de l'Europe centrale a fait chuter Metternich en apportant le nationalisme et le libéralisme dans cette région. Les Habsbourg ont dû s'adapter pour survivre. François-Joseph a dû accepter le courant libéral et la nouvelle formule du Compromis, un empereur et un roi en une personne, la *Personalunion*. L'Autriche-Hongrie fut le produit d'un mélange entre des

⁵⁸ Pierré-Caps, Stéphane, *La Multination*, Odile Jacobs Ed., Paris, 1995, p. 56, 75-6.

idées anciennes (l'Empire) et nouvelles (l'Etat nation) pour inventer un nouveau fédéralisme, l'union personnelle entre un Empire (l'Autriche) et un Etat nation à la française (la Hongrie).

La nouvelle formule dualiste résidait dans la séparation de deux Etats distincts conservant des affaires communes: la diplomatie, une Armée commune (mais aussi des Armées nationales, c.-à-d. la *Honvéd*, en Hongrie) et la monnaie. Selon une définition contemporaine (en l'occurrence celui de Boniface), l'Autriche-Hongrie correspondrait à une fédération, car on a des ministères d'importance en communs qui sont primordiaux à la souveraineté. Encore un exemple de ce fédéralisme est que le Premier ministre hongrois en 1914, le comte István Tisza, avait son mot à dire et pouvait mettre son veto sur des questions de politique étrangère comme le fameux ultimatum à la Serbie de 1914. En effet, dans un premier temps, le comte Tisza refusa l'envoi d'un ultimatum. Il y avait donc des décisions prises collectivement qui ne pouvaient pas être prises seules par le roi, mais en consultation avec le Premier ministre hongrois. Cela nous rappelle le système suisse où le gouvernement, le Conseil fédéral, décide en collège de la politique étrangère.

D'un autre côté, l'Autriche-Hongrie avait tout d'une confédération, car chaque Etat avait son propre passeport, son propre drapeau, sa propre armée et surtout sa propre Constitution. En fait, ce modèle n'est ni une confédération ni une fédération. Puisqu'elle est inclassable, elle peut même être comparée à l'Union européenne qui n'est ni l'un ni l'autre non plus. Sauf pour le fait qu'il y avait un véritable ministère des Affaires étrangères dirigé le plus souvent par un Hongrois d'une famille aulique.

En fait, la formule dualiste de l'Autriche-Hongrie ressemble à la définition de la «Fédération» d'Olivier Beaud. La «Fédération» est l'union personnelle, représentée par le monarque (empereur-roi) et deux Etats souverains qui en sont les composants. La souveraineté est donc partagée pour certaines questions et maintenue pour d'autres; l'Autriche-Hongrie n'était donc pas un Etat fédéral, mais une union d'Etats avec un même monarque. À cause de ces spécificités, l'Autriche-Hongrie peut être qualifiée de Fédération – selon les critères d'Olivier Beaud – *de facto* et une union personnelle *de jure*.

L'Autriche-Hongrie n'était pas une formation statique, elle évoluait. Un processus de décentralisation fut lancé au sein de l'Empire d'Autriche uniquement, qui supposait la création d'autonomie aboutissant tôt ou tard à une fédéralisation de l'Empire d'Autriche. Cette évolution fut possible grâce à la Constitution qui rendait les nationalités égales en droits. L'article 19 de la Constitution de 1867 affirme que «Tous les peuples de l'Empire sont égaux et que chaque peuple a un droit inaliénable à conserver et à cultiver sa

nationalité et sa langue». ⁵⁹ Cependant, en Hongrie, l'Etat nation de type français fut maintenu jusqu'en 1918 et même au-delà du démantèlement de l'Empire. La Hongrie résista au changement et à la transformation de l'Autriche-Hongrie en une fédération contenant d'autres Etats égaux; pensons au trialisme défendu par l'archiduc François-Ferdinand et son «Groupe du Belvédère»; un groupe de penseurs politiques issus des différentes nationalités de l'Autriche-Hongrie.

Vers la fin de la Première Guerre mondiale, en octobre 1918, le dernier monarque Habsbourg, Charles, croyant sauver l'Autriche-Hongrie, transforma par proclamation l'Empire d'Autriche – et non la Hongrie – en une confédération, ce qui provoqua l'écclatement de la monarchie au lieu de la sauver. C'est un des aspects de l'émancipation révolutionnaire, le nationalisme, qui devait participer à la destruction du nouveau modèle de fédéralisme. Néanmoins, l'étude du passé montre que les grandes structures ont une durée généralement dans le temps long. En revanche, les périodes «nationalistes» sont de relativement courtes dans la durée et plus récentes dans l'histoire.

De l'Autriche-Hongrie à la Paneurope

La Paneurope et la souveraineté

Après que le dernier empereur-roi, Charles de Habsbourg, fut destitué et déporté par l'Entente sur l'île de Madère en 1921, il décéda le 1^{er} avril 1922 sur cette même île. Le 15 novembre de la même année un comte autrichien, Richard Coudenhove-Kalergi, publia un article à Berlin ⁶⁰ suivi d'un livre (1923) intitulé *Pan-europa*. ⁶¹ Il y propose une Europe unifiée politiquement, économiquement et militairement en créant les Etats-Unis d'Europe. En 1926, il réunit à Vienne un congrès paneuropéen avec deux mille participants de

⁵⁹ Humbert-Knittel, Geneviève, 'De l'égalité des nationalités au droit des minorités nationales' in *L'Autriche et l'Idée d'Europe*, (ed. Reffet, Michel), Editions Universitaires de Dijon, 1997, p. 321.

⁶⁰ L'article fut publié dans le *Vossische Zeitung* de Berlin. Voir «Histoire»: <http://www.paneuropa.org> (11. 11. 2011).

⁶¹ Alfred Hermann Fried, le leader pacifiste né de l'autre côté de la Leitha (rivière séparant l'Autriche de la Hongrie) à Budapest avait parlé de paneuropéanisme avant la Première guerre mondiale. Il prêchait en faveur de la création d'un «Bureau paneuropéen sur le modèle du Bureau panaméricain» pour populariser l'internationalisme et le hausser en valeur patriotique sans pour autant faire du paneuropéanisme une organisation ou une union politique. Il reçut le Prix Nobel en 1911. Théry, Franck, *Construire l'Europe dans les années vingt : l'action de l'Union paneuropéenne sur la scène franco-allemande, 1924-1932*, Euryopa études 7, Institut européen de l'Université de Genève, 1998, pp. 20-22.

vingt-quatre pays pour y fonder le Mouvement Paneuropéen.⁶² Ce mouvement est considéré comme «le plus ancien des mouvements militants pour l'idée européenne»;⁶³ ses quartiers généraux étaient – ironie de l'histoire ou décision préméditée – installés dans la *Hofburg*, l'ancien palais impérial de Vienne. Son premier président, le Chancelier de la République d'Autriche, Ignac Seipel, défendait l'idée que la future capitale des Etats-Unis d'Europe devait être Vienne et que cette ville – ainsi que le peuple autrichien – continuerait ainsi son destin historique, multinational et «impérial» en tant que nouveau centre des Etats-Unis d'Europe.⁶⁴ Aristide Briand accepta d'être le président d'honneur du comité français de l'Union Paneuropéenne et membre dès les premières années du mouvement,⁶⁵ la pensée de Coudenhove inspira largement son discours de 1929 à Genève sur la Fédération européenne. Pourtant, Coudenhove trouvait que le projet de Briand était trop juridique, trop diplomatique et trop respectueux de la souveraineté des Etats.⁶⁶ En fait, ses réflexions sur la Paneurope étaient motivées par sa volonté d'échapper aux contraintes de la souveraineté; il imaginait le monde comme un ensemble de grandes fédérations (les Etats-Unis d'Amérique, les Etats-Unis d'Europe), puis la SDN comme une «fédération des fédérations» dans laquelle seraient réunies ces différentes fédérations européenne, américaine...⁶⁷ Il ne faut pas pour autant comprendre sa vision de la SDN comme un Etat fédéral, mais bien comme une organisation internationale regroupant des membres comme une confédération.

On peut se demander si Coudenhove voulait vraiment sacrifier la souveraineté des Etats nations de l'Europe. Il commença par décrire la Paneurope comme un Etat fédéral, une patrie au-dessus des patries, une *Übervaterland*, ou une «fédération d'Etats», mais après ses premiers contacts avec des hommes politiques, il recula pour soutenir une fédération d'Etats souverains. Coudenhove ne devait jamais aller, comme il le dit lui-même, en 1926, jusqu'à «sacrifier la souveraineté sur l'autel européen».⁶⁸

Il est intéressant d'observer que la Paneurope est aussi invoquée «par les tenants d'une vision régionaliste aboutissant *in fine* à la disparition de la

⁶² Voir « Histoire »: <http://www.paneuropa.org> (11. 11. 2011).

⁶³ Peyrefitte, Alain, 'Introduction' in Coudenhove-Kalergi, Richard, *Pan-europe*, 1996, p. 5.

⁶⁴ Saint-Gilles, Anne-Marie, *La "Paneurope" Un débat d'idées dans l'Entre-deux-guerres*, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, Paris, 2003, 280-5.

⁶⁵ Chabot, Jean-Luc, *op. cit.*, pp. 43-50. Nurdin, Jean, «Coudenhove-Kalergi et le Mouvement Paneuropéen» in *L'Autriche et l'Idée d'Europe*, (ed. Reffet, Michel), Editions Universitaires de Dijon, Dijon, 1997, p. 273-7.

⁶⁶ Nurdin, Jean, *op. cit.*, p. 237.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 273

⁶⁸ Saint-Gilles, *op. cit.*, p. 361.

notion politique d'Etat»⁶⁹. Et que la spécialiste de Coudenhove-Kalergi, Anne-Marie Saint-Gilles, en se référant à l'idée d'un Alsacien voulant que de la nouvelle fédération européenne naquît un Etat d'Alsace-Lorraine, dise «qu'il n'y a de sens à une interprétation séparatiste de cette idée que dans la conception française, jacobine, de la nation et il semble que se soit le grand mérite du pan-européanisme envisagé comme fédéralisme que de la faire disparaître». Saint-Gilles pose donc une problématique proche de celle posée par Beaud: la redéfinition des termes de Fédération, d'Etats membres et de Confédération. Selon elle, «Coudenhove a voulu contourner et dépasser la question de la souveraineté et son corollaire, le dualisme entre confédération et Etat fédéral, en apercevant dans ces deux termes deux phases successives du mouvement politique dont il se faisait le promoteur».⁷⁰ On peut donc considérer que projet de Coudenhove-Kalergi s'inscrivait déjà dans la réflexion sur la manière de dépasser la souveraineté par la Fédération qui implique aussi *in fine* l'autonomisation du concept de ce dernier.

Otto de Habsbourg

En étudiant l'influence de l'Empire sur le fédéralisme européen, il convient de se poser la question de savoir si l'idée paneuropéenne ne cachait pas une nostalgie envers l'Empire plus qu'une continuité de l'idée européenne. Les travaux consacrés à Coudenhove-Kalergi montrent que le fondateur du Mouvement paneuropéen ne peut pas être considéré comme un nostalgique attaché à la restauration du Saint-Empire romain germanique, mais son idée paneuropéenne fut soutenue par les milieux catholiques qui eux l'étaient. Les catholiques rêvaient du «Saint-Empire» ou de l'«Empire carolingien» – notamment Léopold Ziegler – en opposition avec l'impérialisme germanique des Reichs allemands, qu'il fût prussien ou hitlérien.⁷¹ On peut ajouter à cela que l'opinion française s'opposa aussi à l'impérialisme prussien, car elle considérait le Reich de 1871 comme illégitime du fait qu'à la différence du Saint-Empire Romain Germanique, il n'était ni l'instrument de la volonté de Dieu, ni celui de l'unité de la Chrétienté, puisque la Papauté n'était pour rien dans sa naissance.⁷² Si Coudenhove-Kalergi n'était pas un nostalgique de l'Empire, son ami et successeur à la présidence du mouvement, l'archiduc héritier Otto de Habsbourg, le fut obligatoirement en tant que le fils du dernier empereur d'Autriche. Le titre de son livre *L'idée impériale: histoire et avenir d'un ordre supranational* résume sa position sur l'Europe dans une optique surtout chrétienne et d'union entre l'Europe de l'Ouest et de l'Est,

⁶⁹ Saint-Gilles, *op. cit.*, p. 361.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, p. 282-3.

⁷² *Ibid.*, p. 283.

sans pour autant expliciter la structure de l'ordre supranational européen qu'il préconise. Si sa nostalgie est bien palpable, il ne parle jamais de la restauration de l'Empire de ces ancêtres. Il utilise le *know how* hérité de la Paneurope afin d'atteindre l'objectif d'une Europe unie et sans Rideau de Fer. Ce savoir-faire se confond souvent avec l'héritage de l'Autriche-Hongrie et, bien entendu, l'expérience de la *Casa d'Austria*. Cet héritage peut se résumer en quelques points principaux: valeurs chrétiennes, respect et défense de la diversité culturelle et tolérance religieuse. En d'autres termes, l'idée paneuropéenne réunissait deux héritages: celui du Saint-Empire (mais sans empereur) et celui du fédéralisme dans le but de créer les Etats-Unis d'Europe.

Bien que Coudenhove n'ait pas créé l'Union paneuropéenne dans le but d'œuvrer pour le renouveau de l'idée impériale en Europe, la Paneurope est le chaînon qui lie l'Empire d'Autriche,⁷³ en tant que concept d'une grande structure multinationale, au projet de Monnet, et des autres pères: Schumann, Adenauer et de Gasperi. Si le rôle de l'Union paneuropéenne dans l'entre-deux-guerres fut de conduire à l'Union de l'Europe après la guerre, son rôle après la création de la CEE fut de réunir l'Europe de l'Est soviétisée à l'Europe de l'Ouest en supprimant le Rideau de Fer et en l'intégrant, au plus vite, à la CEE puis à l'UE. En d'autres termes, le combat principal du second après-guerre fut la réintégration de «l'Occident kidnappé» à l'Europe en y restituant la liberté et la démocratie.

Pour pouvoir réaliser la mission de l'unification de l'Europe, l'archiduc Otto devait trouver un *Hinterland* sur lequel il pouvait s'appuyer. N'étant pas très populaire et même interdit de séjour en Autriche jusqu'en 1966, il devait trouver en Allemagne, plus précisément la Bavière catholique, sa nouvelle patrie et son soutien. Il devint député européen de la CSU (Parti chrétien social bavarois) en 1979 et trouva beaucoup de soutien chez les familles allemandes des Sudètes (les anciens sujets de l'Empire de son père) qui avaient fui la Tchécoslovaquie et dont beaucoup avaient été accueillies en Bavière. De sa nouvelle patrie l'archiduc Otto va pouvoir travailler à l'encrage du mouvement Paneuropéen en Allemagne et son rayonnement dans le monde germanique. Mais pour arriver à cela, il a fallu faire un long cheminement par un exil américain pendant la guerre puis le retour en Europe libérée. Après que le mouvement, son fondateur et l'archiduc soient devenus *personae non gratae* dans le 3^e Reich, élargi à l'Autriche, Coudenhove et l'archiduc Otto devaient faire renaître la Paneurope en Allemagne pour faciliter la construction européenne en reconnaissant qu'il ne serait possible

⁷³ Coudenhove-Kalergi fut le premier à recevoir la Karlspreis à Aix-la-Capelle en 1950, ce qui est encore un clin d'œil au lien de la Paneurope à l'idée impériale. http://www.karlspreis.de/der_karlspreis/entstehungsgeschichte.html, (16. 11. 2011)

de repousser le danger de l'impérialisme soviétique qu'avec l'aide de l'Allemagne, malgré les expériences très amères avec ce pays depuis les années 1930.⁷⁴ L'encrage de l'Union paneuropéenne était aussi français et au cours de son neuvième congrès international à Nice le mouvement se rangea derrière De Gaulle et sa politique de réconciliation avec l'Allemagne.⁷⁵

Si l'Union paneuropéenne peine à trouver sa voie aujourd'hui, c'est qu'elle a rempli deux de ces trois missions principales: l'UE existe et l'Europe est réunifiée dans la démocratie. La troisième, l'intégration de tous les pays européens à l'UE, est encore à terminer. Une nouvelle phase a débuté lorsqu'Otto de Habsbourg transforma l'Union paneuropéenne en une sorte d'ONG nommée «Union Paneuropéenne internationale» qui a pour but de promouvoir la culture⁷⁶ et les valeurs européennes en Europe, mais aussi dans le monde, l'intégration du reste des Etats européens à l'UE, et le patriotisme européen; idée chère à Coudenhove.⁷⁷ L'Union paneuropéenne a aussi une influence politique: elle a un groupe parlementaire paneuropéen d'environ 120 députés au Parlement européen issus de tous les pays de l'UE.⁷⁸ Les statuts actuels de l'Union paneuropéenne soutiennent toujours la création d'une entité politique européenne avec une défense commune restant partenaire de l'OTAN, mais reste vague sur la forme (Etat fédéral, Fédération d'Etats ou un nouveau concept de fédération) qu'elle devrait prendre.⁷⁹ A son époque, Coudenhove était beaucoup plus précis sur la structure qu'il projetait pour sa Paneurope.⁸⁰

L'archiduc Otto avait pourtant, lui aussi touché le problème de la souveraineté dans un de ses derniers discours qu'il prononça lors son acceptation en tant que membre de l'Académie des sciences morales et

⁷⁴ Baier, Stephan, Demmerle, Eva, *Otto de Habsbourg, De l'Empire à l'Europe*, Ed. Racines, Bruxelles, 2002, p. 293.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 295.

⁷⁶ Brook-Shepherd, Gordon, *Uncrowned Emperor: The Life and Time of Otto von Habsburg*, Hambledon and London, London – New York, 2003, p. 211.

⁷⁷ A part l'apport de Coudenhove, il y a une touche de tolérance habsbourgeoise dans les statuts qui rappelle l'Autriche-Hongrie: l'Union paneuropéenne « respecte l'apport du Judaïsme et de l'Islam à notre esprit et culture, dont ils forment une partie intégrante. » Ces traditions de tolérance habsbourgeoise ont valu à Otto de Habsbourg une prière récitée par Grand Mufti de Sarajevo à ses funérailles à Vienne en juillet 2011. Voir « programme » <http://www.paneuropa.org> qui équivaut aux « Principes fondamentaux » dans les Statuts.

⁷⁸ Voir « Histoire »: <http://www.paneuropa.org> (11. 11. 2011).

⁷⁹ Cela peut-être pour éviter une nouvelle dispute et une rupture qu'elle eût avec le Mouvement européen en 1962 quand elle prit parti pour la conception gaulliste de l'Europe décrite dans le « Plan Fouchet ». Voir « Histoire »: <http://www.paneuropa.org> (11. 11. 2011)

⁸⁰ Coudenhove-Kalergi, Richard, « Projet de Pacte paneuropéen » [*Paneuropa* no 6 (mai 1930)] reproduit dans Théry, Franck, *op. cit.*, pp. 160-176

politiques de France en 2007. Il avait dit devant ses pairs que: «Le problème de l'Europe, ce fut d'abord celui des frontières. Nous n'en voulons pas de nouvelles et, en instaurant la liberté de circulation, nous avons déjà spiritualisé celles qui existaient, sans porter atteinte pour autant aux identités nationales. Nous voulons maintenant réduire tous les obstacles qui créent des barrières entre les peuples, tout ce qui, dans une conception mal comprise de la souveraineté nationale, empêche les Européens de se rapprocher.»⁸¹ Il ne mettait, donc, pas en question la souveraineté, mais seulement son interprétation. Bien entendu, en tant que descendant de Charles Quint, il ne pouvait que s'opposer à la vision de Bodin. Ce n'est pas quatre ans avant sa mort que l'archiduc avait commencé à critiquer la souveraineté des états européens qu'il considérait comme dépassée. Il l'avait déjà fait en 1981 devant le Parlement européen dans un débat sur le terrorisme en montrant la nécessité de créer un espace juridique européen.⁸² Ainsi, l'archiduc Otto concevait la souveraineté d'une manière évolutive.

Conclusion

Le débat historiographique et juridique ouvert par une requalification de la souveraineté, de la confédération et de la fédération dans le but de dépasser les idées figées de l'Etat nation jacobine nous a permis de montrer où se trouvent certains des modèles de l'unité européenne: en grande partie parmi les exemples du Saint-Empire; sans oublier la petite Suisse, qui en était aussi membre jusqu'en 1648. Fred Schrader va plus loin et voit dans les efforts de modernisation du Saint-Empire depuis 1648 une possibilité ratée de créer une unité européenne avant l'Etat nation. Le Saint-Empire était capable de se réformer; on y avait déjà lancé des réformes. Après l'échec du Saint-Empire puis la création de l'Empire d'Autriche apparut l'Autriche-Hongrie, nouvelle invention dont la formule – l'union personnelle – ne fut malheureusement pas étendue à d'autres nations de la monarchie, mais qui fonctionna pendant un demi-siècle en préfigurant les idées de la Fédération, non en tant qu'Etat fédéral, mais en tant que Fédération d'Etats.

⁸¹ Habsbourg, Otto de, *Discours prononcé le 23 octobre 2007 devant ses pairs de l'Académie des sciences morales et politiques de France*, p. 2 <http://seance-cinq-academies-2011.institut-de-france.fr/discours/2007/habsbourg.pdf> (11. 10. 2014).

⁸² « Notre défense contre ces agressions sur un vaste front demeure entravée par des notions de souveraineté dépassées. Les terroristes agissent au vingtième siècle et ont anticipé l'Europe unie, alors que nous persistons à vivre au dix-neuvième siècle parce que jusqu'à présent nos gouvernements nationaux ne se sont pas montrés disposés à tenir compte de la réalité et à donner suite aux propositions concernant la création d'un espace judiciaire européen. », *Otto de Habsbourg*, discours au PE à Strasbourg le 9 juillet 1981, publication du Groupe du Parti populaire européen et des démocrates européens au PE, p. 35. <http://arc.eppgroup.eu/Activities/docs/vonhabsburg-fr.pdf> (30 mai 2014).

L'étude des Empires de l'Europe occidentale et centrale met en lumière les échecs et les réussites de l'unification de peuples et de nations européens, sous la contrainte ou par intérêt, et font apparaître des modèles qui ont fonctionné, pour la plupart, pendant plusieurs siècles. La confrontation des deux «nations» de Charlemagne, le Royaume de France et le Saint-Empire romain germanique, a généré une compétition qui a donné à la doctrine de la souveraineté un angle fortement propagandiste utile à dénigrer l'Empire. Cette propagande servait aussi la politique étrangère du roi de France dans ses tentatives de conquérir la couronne impériale et à favoriser l'affaiblissement du Saint-Empire par la diffusion du modèle français de l'Etat à l'intérieure comme à l'extérieure de celui-ci. On peut constater que les concepts de souveraineté (France) et celui encore vague de fédéralisme (Saint-Empire) sont bien ancrés et accompagnent les conflits entre les deux couronnes. La doctrine de la souveraineté devient intrinsèque à la France comme le fait de vouloir échapper à cette doctrine est caractéristique au Saint-Empire.

Le résultat est que la France et le Saint-Empire auront une conception diamétralement opposée de l'ordre international pendant des siècles. La définition de la souveraineté est donc à revisiter, car elle a été élaborée dans un but précis qui servait les desseins politiques d'un seul état. Malgré ce défaut de fabrication, elle est devenue la définition générale puisque dans ce bras de fer, c'est la France qui imposa son modèle au reste de l'Europe et du monde. Cela ne veut pas dire, pour autant, que les modèles de fédéralisme ont disparu. Ils ont même développé et imposé leur propre modèle de souveraineté partagée; impensable chez Bodin. La souveraineté a été forcée d'évoluer sous l'influence de modèles de fédéralisme. Cela n'a pas empêché au concept de souveraineté d'imposer, à son tour, au fédéralisme la qualité d'Etat, le rendant ainsi un Etat fédéral qui reste, en fin de compte, le détenteur de la souveraineté extérieure qui l'inscrit plus dans les relations internationales, telles que Bodin les concevait, que la confédération.

Arrivé à terme de notre parcours chronologique nous pouvons constater que les réflexions, voir les préoccupations sur la question de la souveraineté par rapport aux modèles de fédéralisme ont été constantes jusqu'à aujourd'hui. Depuis Bodin, on se heurte à la souveraineté lorsque l'on essaie de concevoir une structure fédérale. En effet, quand on entend le «*f*» *word* – qui est devenu un mot tabou à Bruxelles – ⁸³ on pense tout de suite à un Etat fédéral qui implique fatalement le sacrifice de la souveraineté de ses membres et la fin de la liberté. A l'évidence, la connotation en est négative et fait appel à «empire» comme si les mots de «fédéral» et «empire» étaient synonymes. A

⁸³ Dans son *State of the Union Address* de 2013, le président Barroso a supprimé le mot « fédérale » qu'il avait mentionné dans le même exercice en 2012 en le remplaçant par une « Europe politique ».

Bodin la faute, car le Saint-Empire ne fut pas le régime liberticide qu'il a bien voulu véhiculer puis à l'historiographie française, influencée par ce dernier. Le résultat est que toutes formes de structures multiétatiques sont devenues négatives et le Saint-Empire est le plus flagrant exemple de celles-ci en Europe occidentale. Aujourd'hui la fédération n'est vue que comme un système d'organisation interne à l'Etat et si elle est proposée comme un système d'intégration de plusieurs Etats indépendants, elle est alors le plus souvent assimilée à une tentative impérialiste de domination par celui ou ceux qui la proposent. Ceci est d'autant plus le cas si la fédération proposée est de grande dimension, voir de dimension continentale, comme le projet de Fédération européenne. Il devient clair que c'est le postulat, juridiquement non démontrable,⁸⁴ de la souveraineté qui conditionne l'approche de toutes les questions relatives à l'Etat et qui l'enferme dans les périmètres de celui-ci hors duquel il n'y a pas de salut. Et si les réflexions d'Oliver Beaud sur l'autonomisation de la notion de Fédération sont novatrices, c'est parce qu'elles veulent trouver une issue créative à cette impasse en réinterprétant les postulats et définitions auxquels l'on se heurte.

D'un point de vue politico-juridique, le passé est intéressant pour comprendre les raisons qui peuvent bloquer l'avancée ou non des structures multinationales telles que le projet d'une Fédération européenne. Les raisons des résistances à une autonomisation de la notion de Fédération sont en partie terminologiques, mais aussi liées à la façon dont nous interprétons les lois, les relations internationales et l'histoire. Se libérer de ces interprétations peut aider à mieux entreprendre le changement et un travail multidisciplinaire engageant juristes, philosophes, politologues et historiens peut y contribuer. Cette réflexion implique aussi la redécouverte des idées d'Althusius, Hugo, Leibniz et d'autres penseurs plus ou moins connus qui avaient débattu, à leur époque, de problèmes similaires.

L'Europe centrale, et son ancien empire multinational peuvent être un très riche creuset d'idées qui peuvent inspirer la réflexion. Des modèles difficilement classables, comme l'Autriche-Hongrie, ont été forgés par des penseurs qui devaient trouver des solutions nouvelles pour répondre aux aspirations des nationalités et aux changements de l'équilibre des pouvoirs en Europe. Ces ateliers de réflexions, et leurs modèles souvent appliqués furent interrompus par la Première Guerre mondiale et par la montée des extrêmes et des régimes totalitaires. Il est donc temps, aujourd'hui, de reprendre la

⁸⁴ « Tant sur le plan interne que sur le plan externe, la souveraineté est un postulat, qui s'il permet une 'juridicisation du pouvoir', reste insaisissable par le droit. Par exemple en droit international, la possession d'une souveraineté effective est une condition consubstantielle au statut d'Etat. » Levrat, Nicolas, « L'intégration européenne à la lumière de la subsidiarité. Ou pourquoi l'Union européenne ne devient pas les Etats-Unis d'Europe. » in *Europe : de l'intégration...*, note 31, p. 43.

réflexion et créer les ateliers du futur, car les crises mondiales touchant beaucoup de domaines (économique, environnemental, éthique...) appellent à l'innovation et au changement de paradigme.

MISCELLANEA

«Hinter jenen fernen Höhen»: Erinnerungen aus meinem (bisherigen) Leben**

«But do your work, and I shall know you.
Do your work, and you shall reinforce yourself.»¹

Unsere Welt steht in dynamischer Bewegung. Lokale, regionale und universale Welten fließen ineinander über. Der Planet ist klein geworden. Wir Menschen aber brauchen auch Stätten, wo wir zu Hause sind. Ich habe mich immer zum kleinen, überschaubaren Kreis in Gesellschaft und Staat, darüber hinaus aber auch zum Weltweiten hingezogen gefühlt. Beide Wege wollte ich einschlagen. Beim Beresinalied, das wir früher am 1. August, unserem Nationalfeiertag, sangen, hat mich die Passage «Hinter jenen fernen Höhen wartet unser noch ein Glück» immer besonders angezogen. Neugieriges Denken über die sichtbaren «Horizonte» hinaus machen das Wesen geistiger Offenheit und echter Wissenschaft aus: Das Erstreben von kollektivem «Glück» war Bestandteil der Philosophie der Aufklärung: «public happiness» in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung, «bonheur de tous» in der französischen Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte. Immer wieder versuchte ich also, die Schweiz von aussen und die globalen Ereignisse aus Schweizer Sicht zu betrachten und zu verstehen.

Ich danke meinem Genfer Kollegen Victor Monnier, der mir – unterstützt durch Andreas Kley und Felix Hafner, Mitherausgeber der «Commentationes» – vorgeschlagen hat, aus meinem Leben zu berichten. Ich wollte ursprünglich von einem solchen Projekt absehen, weil es mir zu früh erschien, Lebenserinnerungen zu schreiben, vor allem aber weil es meiner republikanischen Überzeugung nicht entspricht, mir selber ein – wenn auch noch so unbedeutendes – Denkmal zu setzen.² Auch bin ich der Meinung, dass das

* Prof. em. an der Universität Zürich für Völkerrecht, Europarecht, öffentliches Recht und ausländisches Verfassungsrecht.

** Auf Literaturangaben, insbesondere Hinweise auf eigene Schriften, wird aus Platzgründen weitgehend verzichtet. Ein (mehr oder weniger) umfassendes Verzeichnis meiner Publikationen findet sich auf meiner Homepage des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich (www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/thuerer.html).

¹ Ralph Waldo Emerson, Self-Reliance, in: Id., Self-Reliance and Other Essays, New York 1995, S. 7.

² Unlängst habe ich schon in dem von Peter Häberle herausgegebenen Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Tübingen) über mein Leben geschrieben, werde hier aber so weit

Wichtigste, was ein Rechtswissenschaftler, Richter oder ein anderswie tätiger Jurist hinterlassen kann, in den Texten liegt, die er selber oder zusammen mit anderen geschrieben hat, und nicht so sehr in den persönlichen Umständen seines Lebens, aus denen heraus seine Arbeit allerdings da und dort besser verstanden werden kann.³

Im Bewusstsein, dass mein Leben nicht interessanter ist als das von Tausenden und Abertausenden Anderer, habe ich mich trotzdem entschlossen, mich an die Arbeit zu machen, als «quavis ex populo». Ich unternehme also einen Versuch, mir zumindest für mich selbst Gedanken über das Erlebte zu machen; dies in der Meinung, dass vielleicht doch da und dort ein Leser oder eine Leserin auf eine Textstelle stossen könnte, die interessant erscheint. Ich gehe in der Arbeit in groben Zügen chronologisch vor und teile den Text in folgende Abschnitte ein: Erstens Jugendjahre: «gute alte Zeit»; zweitens Lehr- und Wanderjahre: von vielen Chancen und Entdeckungen; drittens Professor an der Universität Zürich als Zentrum; viertens Wissenschaftliche Arbeit als hauptsächliche Ambition; fünftens «Professeur valise»; sechstens «Extra muros»: Verbindung von Wissenschaft und Praxis; siebtens «Civil society» als fruchtbarer Boden; achtens Familie als Halt; neuntens Konklusion: Passion für das Recht – Bon voyages!

1. Jugendjahre: «gute alte Zeit»

Ich kam am 6. Juni 1945 in St. Gallen zur Welt. Meine Eltern gaben mir die Namen Georg Daniel. Georg, weil in den Familien meiner Bündner Vorfahren der älteste Sohn in der Regel den gleichen Namen trug wie der Vater, der Georg hiess (was eine Orientierung im familiären «Who is Who?») nicht unbedingt erleichterte), und Daniel, weil meine Mutter Gefallen an diesem damals unüblichen Namen fand; auch trugen ein Vetter von ihr, der im Vorarlberg eine sogenannte «Kolonialwarenhandlung» führte und im Krieg umkam, und ein Appenzeller Vorfahre den Vornamen Daniel. Von Anfang an aber war mein Mittelname der Rufname. Das führte nicht nur immer wieder zu Konfusionen bei den verschiedensten Ämtern, sondern war vielleicht auch symptomatisch für die Prägung meiner Identität im Spannungsfeld von zwei durchaus verschiedenen Familientraditionen.

Ich wuchs im gediegenen, aufgeschlossenen Dorf Teufen im Appenzelerland auf, und ich habe mich seit meiner frühesten Jugend geärgert, wenn – ganz allgemein – das Wort «Dorf» in einem abschätzigen, provinziellen Sin-

wie möglich vermeiden, diese Schilderung zu duplizieren. Siehe Daniel Thürer, Aus meinem Leben, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 2014, S. 529 ff.

³ Vgl. Andreas Kley, Von Stampa nach Zürich – Der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, sein Leben und Werk und seine Bergeller Künstlerfamilie, Zürich 2014, S. 5 ff.

ne verwendet wurde. Unsere Familie wohnte in der «Villa Roth», welche von Johannes Roth (1812-1870) erbaut und dann von Arnold Roth (1836-1904) übernommen wurde. Beide – Vater und Sohn Roth – waren Landammänner und Ständeräte des Kantons Appenzell Ausserrhoden und je Väter einer neuen Kantonsverfassung; letzterer war während längerer Zeit auch «Minister», d.h. der diplomatische Vertreter der Eidgenossenschaft beim Deutschen Reich in Berlin zur Zeit Bismarcks. Er war auch Delegierter an der Haager Friedenskonferenz von 1899. Selbst als er im Dienste des Bundesrates stand, blieb er aber seiner Heimatgemeinde verbunden, in deren Männerchor er anlässlich seiner Sommeraufenthalte mitwirkte.

Die Villa Roth wurde 1908 von meinem Grossvater Carl Tobler (1874-1955), einem Stickereifabrikanten, erworben. Er war der Sohn von Regierungsrat und Oberrichter Johannes Tobler (1838-1917); sein Onkel Adolf Grubenmann – Arzt wie schon sein Vater und Grossvater – war von 1884 bis 1890 Nationalrat bei der «Demokratischen Partei». Zur Familie meines Grossvaters gehörte auch der berühmte Baumeister Johann Ulrich Grubenmann (1709-1783), der seinerzeit neben vielen Kirchen in der Ostschweiz und im Kanton Zürich auch, bei Schaffhausen, die damals wohl längste Holzbrücke der Welt errichtete, die aber schon bald von den napoleonischen Truppen niedergebrannt wurde. Baumeister Grubenmann ist – die grösste Ehre, die einem republikanischen Schweizer widerfahren kann! – heute auf einer schweizerischen Briefmarke abgebildet.

Mein Grossvater mütterlicherseits, der während zehn Jahren in Paris lebte und fliessend Französisch (und auch sehr gut Englisch) sprach, übernahm zusammen mit einem Bruder die Stickereifirma seines Vaters und soll einmal die (nicht sehr gute) Idee gehabt haben, dass ich später das «Geschäft» übernehmen könne. Er war mit der ursprünglich aus dem Vorarlberg stammenden, initiativen Ida Bertha Fenkart (1881-1967) verheiratet, die weltläufig dachte, eine markante, fortschrittsoffene Persönlichkeit war und das katholische Element in unsere sonst protestantische Familie einbrachte. Meine Mutter, Maria Elisabeth Thürer-Tobler (1919-2013), besuchte die St. Galler Kantonsschule und bestand dort die Lateinmatura, was für Mädchen ihrer Generation eher die Ausnahme war, und hatte von ihr Geschmack und Stil mitbekommen. Sie kümmerte sich nach ihrer Heirat vor allem um die Familie, und ihre Talente, etwa in modernen Sprachen und Mathematik, hat sie nicht voll zum Tragen gebracht. Das war ein Schicksal, das sie mit vielen Frauen ihrer Generation teilte.

Ich wuchs in der etwas selbstzufriedenen, biedermeierischen Schweiz der Nachkriegszeit auf. Wir – meine Schwester Barbara, mein Bruder Andreas, meine Schwester Annina und ich – wurden stark moralisch erzogen: Tischgebet, «Reis-Tage», an denen wir – zur Vergegenwärtigung der Armut in der

Dritten Welt – nur einen Beutel Reis zu essen bekamen, und Besuch der Sonntagsschule in der Kapelle der «Methodisten», einer von den Engländern John und Charles Wesley im 18. Jahrhundert gegründeten und in Amerika verbreiteten Freikirche, die sich mit ihrem regen, teilnehmenden Gemeindeleben wohlthuend von der etwas erstarrten, ausgetrockneten und bürokratisierten Landeskirche abhob; hier wurden wir, in amerikanischer Manier, jeweils am Sonntagmorgen unterrichtet, ein gutes, «methodisch» zu gestaltendes Leben zu führen, wobei die erste «gute Tat» jeweils schon am kommenden Montag fällig war.

Unsere Familie wurde stark von der Persönlichkeit meines Vaters Georg Thürer (1908-2000) geprägt. Er war Professor für Geschichte und Deutsche Sprache an der Hochschule (später: Universität) St. Gallen, nachdem er zuvor als Gymnasiallehrer an den Kantonsschulen in Biel und St. Gallen tätig gewesen war. Seine Eltern, Pfarrer Paul Thürer (1878-1967) und Nina Accola (1885-1965), stammten aus dem Bündnerland. Wir nannten sie Neni und Nana. Der Grossvater hatte, während insgesamt drei Jahren, in Zürich, Basel, Heidelberg, Berlin, Florenz und Rom Theologie studiert und war ein prinzipienfester, etwas eigensinniger «no nonsense»-Mann, welcher der liberalen Richtung der evangelischen Kirche angehörte.⁴ Mein Vater wurde in Tamins (Graubünden) geboren, wo Neni – nach Davos-Monstein – seine zweite Pfarrstelle versah, und wuchs in Netstal im Kanton Glarus auf. Zur Zeit meiner Jugend genoss er, was mir damals nicht immer gelegen kam, rundherum öffentliche Bekanntheit, da er im Zweiten Weltkrieg – zusammen etwa mit unserem Nachbarn, dem legendären Nachrichtenoffizier Major Hausmann – tatkräftig (und volkstümlich) der Diktatur des Dritten Reiches entgegengetreten war. Er war damals eine treibende Kraft im Rahmen der sog. «Geistigen Landesverteidigung», worauf ich heute stolz bin, denn es brauchte für den erst 26-Jährigen Historiker Mut, den Kampf gegen die totalitäre Herrschaft des Nationalsozialismus und den Frontismus in der Schweiz in Vorträgen, Zeitungsartikeln und Büchern öffentlich aufzunehmen.⁵ Während des Krieges

⁴ Vgl. zu seinem Leben Paul Thürer, *Damals in Monstein – Wie ein Bündner Bauernbub zum «Skipfarrer» wurde – Erinnerungen 1878–1906*, Zürich 2005.

⁵ Nachdem er auf Anregung eines Freundes und Kollegen, welcher der «Nationalen Front» beigetreten war, eine Grossveranstaltung der Frontisten in Bern besucht hatte, die ihn anwiderete, hielt mein Vater im Herbst 1934 in der Aula des Gymnasiums Biel eine Maturitätsrede, die in der Folge in einer sozialdemokratischen Zeitung in vollem Wortlaut abgedruckt wurde, und wo es etwa hiess: «Heute ist der Schweizer Demokrat nicht mehr ein umschmeicheltes Wesen, das überall von Kopfnicken begleitet wird. Heute wird er angegriffen. Er muss sich stärken. Mit geradezu sportlicher Freude wollen wir Fremden und uns selbst zeigen, dass es einen Sinn habe, ein Staatsleben zu gestalten, in dem die Erwägung der Mehrheit gewichtiger ist als der Druck eines Befehlshabers, wo die freie Entscheidung sittlich höher angeschlagen wird als der Kadavergehorsam, wo das Recht die Kritik erträgt und die Forschung nicht das verängstigte Aschenbrödel der lärmenden Politik sein muss. Wir wollen offenherzig und

hatte er sich auch für internierte Offiziere aus Polen eingesetzt, die ihm lange anhänglich blieben. Und nach dem Krieg begründete er, zusammen mit Gleichgesinnten, ein Hilfswerk St. Gallens für Notleidende in München, wofür ihm von Kardinal Michael von Faulhaber sowie vom Landesbischof der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern Hans Meiser und später vom deutschen Bundespräsidenten Theodor Heuss Anerkennung und Dank ausgesprochen wurden⁶.

Mein Vater war ein vielseitiger und kreativer Mensch. Nicht nur verfasste er eine 1650-seitige, zweibändige St. Galler Geschichte (den ersten Band mit einem Vorwort des damaligen Bundespräsidenten Karl Kobelt) und andere wissenschaftliche Arbeiten.⁷ Er schrieb auch Texte für Volksspiele und Kan-

weitherzig bleiben.» Vgl. Georg Thürer, Werden und Wesen der eidgenössischen Demokratie, in: ders., Gemeinschaft im Staatleben der Schweiz, Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 11 ff., S. 19. In dem 1935 verfassten Vorwort zu seiner Dissertation lesen wir: «So war es mir nicht vergönnt, mein Werk aus dem Zuge der Zeit heraus zu schreiben – es ist vielmehr gegen die Brandung gewandt. Der Staatsgedanke der Herrschaft eines einzelnen eroberte im Gewande der Diktatur unsere eben noch republikanische Nachbarschaft zurück. Die Schweiz wird heute geistig belagert... Es (dieses Buch) wurde mit der Bürgerüberzeugung ausgearbeitet, dass es heute nötiger denn je sei, im tiefsten Sinne Schweizer zu bleiben...» Vgl. Georg Thürer, Kultur des Alten Landes Glarus – Studie des Lebens einer Eidgenössischen Demokratie im 16. Jahrhundert, Glarus 1936, S. III. Erst in letzter Zeit habe ich begonnen, mich mit der Tätigkeit meines Vaters in der Vorkriegs- und Kriegszeit zu befassen. Aus heutiger Perspektive erscheinen seine an Bildern und Mahnungen reichen, meist auf Glarnerdeutsch gehaltenen Vorträge häufig pathetisch, doch bedenken wir: es ging darum, in einer verständlichen, von derjenigen der «Reichsredner» unterschiedlichen, eigenständigen Sprache möglichst viele Mitbürger aller Volksschichten aufzurütteln. Die Mentalität der Geistigen Landesverteidigung hatte in der Folge vielleicht weit über den Zweiten Weltkrieg hinaus eine introvertierte, defensive schweizerische Politik begünstigt. Immerhin hatte sich mein Vater aber schon frühzeitig auch für den Rechtsgedanken eingesetzt. So schrieb er 1935 in Bezug auf das Völkerrecht: «Denn wer das Recht verletzt, begeht immer ein *doppeltes Verbrechen*: Er schändet sich und er schändet das Recht an sich, denn jeder Rechtsbruch macht das Recht als solches brüchiger, man nimmt es auch von anderer Seite her nicht mehr so heilig, nicht mehr so ernst, nicht mehr so genau.» In: Junge Schweizer – La jeune Suisse, Jahrgang 11, Nr. 1, Oktober 1935, S. 6. Es ist auch festzuhalten, dass mein Vater sich schon sehr frühzeitig für das Frauenstimmrecht und für einen Beitritt der Schweiz zur UNO und dann gegen die Überfremdungsinitiativen und für den EWR einsetzte. Er war, wie ich ihn sehe, ein liberaler Patriot.

⁶ Theodor Heuss schenkte meinem Vater ein mehrbändiges Werk über «Grosse Deutsche», das in unserem Haus einen prominenten Platz erhielt.

⁷ Er bedauerte es im Nachhinein, dass die mutige Gestalt von Hauptmann Paul Grüninger, dessen Einsatz für jüdische Flüchtlinge jahrzehntelang in weiten Kreisen unbekannt blieb, nicht Eingang in die St. Galler Geschichte gefunden hatte.

taten, die anlässlich von Jubiläen aufgeführt wurden,⁸ Erzählungen und – meist im Glarner Dialekt – Gedichte. Meine Tochter Fränzi schrieb später, als sie in Menlo Park bei Stanford (Kalifornien) zu Schule ging, über ihren «Grandpa», den sie «Neni» nenne, er sei ein «poet» und habe wunderschöne Verse auch für seine geliebte Frau verfasst, was an der amerikanischen Schule Sympathie und Begeisterung auslöste, in der Schweiz aber eher ein verlegenes Lächeln ausgelöst hätte. Auch war mein Vater, wiewohl in der Ostschweiz verankert,⁹ geistig alles andere als abgekapselt und provinziell. Jedenfalls erinnere ich mich, dass ich – wohl anfangs der Primarschule – in Abwesenheit meines Vaters einen Telefonanruf des berühmten Prof. Max Huber¹⁰ aus Zürich beantwortete, worauf dieser dem «jungen Schüler Daniel Thürer» ein Exemplar seiner Schrift über den «Barmherzigen Samariter» widmete.¹¹ Und mit grösstem Eifer studierte ich jeweils die Zeitschrift «UNESCO Kurier», die mein Vater als Mitglied der Nationalen UNESCO-Kommission monatlich zugestellt erhielt und die faszinierende Artikel zum Beispiel über Meeresbiologie, Fruchtbarmachung der Wüste, die Geschichte der Menschheit oder das Recht, ein Mensch zu sein, die Bewohnbarkeit des Planeten oder die Kunst in verschiedenen Teilen der Erde enthielt. Auch lag meinem Vater viel daran, seiner Familie und seinen Studenten die «Roman-die» (wie auch die italienische und räto-romanische Schweiz) näher zu bringen. So begaben sich meine Eltern mit mir einmal in meiner Primarschulzeit für eine Woche ins «Welschland», wo wir drei Kantonshauptstädte besuchten; ich hatte nach unserer Rückkehr einen (erwartungsgemäss von positivem Entdeckungsgeist geprägten) Bericht zu schreiben.

Nach den Schulen in Teufen besuchte ich das altsprachliche Gymnasium in St. Gallen (mit Latein und Griechisch). Die Stadt hatte mit ihrem altherwürdigen Kloster, aber auch dank Humanismus und Reformation eine reiche kulturelle Vergangenheit und vor allem um die Jahrhundertwende, als Folge der damals blühenden Stickereiindustrie, Wohlstand und internationale Geltung erlangt, dies freilich auch auf dem Wege der Ausbeutung unzähliger Heimarbeiterinnen und -arbeiter. Der Kanton war, als Spätwirkung des

⁸ Wenn ich mich recht erinnere, durfte ich auf der Ehrentribüne am Hechtplatz sitzen, als in St. Gallen der Umzug und das Festspiel zum 500-jährigen Bündnis St. Gallens mit der Alten Eidgenossenschaft aufgeführt wurde.

⁹ Alle paar Wochen hielt er am Radio für 15 Minuten die sog. «Ostschweizer Chronik» (in deren Rahmen ich als Schüler einmal ein Gedicht aufsagen durfte), die ihm zu einer gewissen regionalen Berühmtheit verhalf.

¹⁰ Max Huber war ein weltweit bekannter Völkerrechtler und Präsident des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz.

¹¹ Max Huber legte in dieser Schrift eindrücklich dar, wie im Gleichnis vom Barmherzigen Samariter im Grunde genommen alle Elemente der «humanitären Aktion» plastisch zur Darstellung gelangten (heute würde man abstrakter, aber nicht unbedingt einprägsamer von einem «Paradigma» statt von einem Gleichnis sprechen).

schweizerischen Kulturkampfes, noch bis in die 60er-Jahre des letzten Jahrhunderts konfessionell tief gespalten. Das Gymnasium, an dem ich zum Teil die gleichen Lehrer hatte wie seinerzeit meine Mutter, war aber eine liberale, tolerante, aufgeklärte Institution und hatte im Grossen und Ganzen ein geistig sehr beachtliches Niveau. Einige unserer Lehrer – sie wurden Professoren genannt – betrieben eigentliche wissenschaftliche Forschung. Ich wusste ihre Bildung zu schätzen, obwohl ich mit disziplinarischen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte und unsere Klasse (Maturajahrgang 1964) bereits in hohem Masse die 68er Bewegung vorwegnahm. Mein Englisch war – da Freifach wie Italienisch – am Ende des Gymnasiums alles andere als beeindruckend. Ich bin froh, dass meine Mutter mich drängte, in der Folge für zwei Sprachaufenthalte nach England zu reisen.

2. Lehr- und Wanderjahre: Von vielen Chancen und Entdeckungen

Es folgte die Wahl des Studienfachs und Studienortes. Der Entscheid für die Studienrichtung war schwierig, aber undramatisch. An sich hätten mich viele Fächer interessiert: Von der Biologie bis zur Medizin, von der Geschichte bis zur Philosophie und Soziologie. Dass die Wahl dann auf das Jus-Studium fiel, war – wie bei vielen meiner Berufsgenossen – eher ein Zufall. Ich wollte später einmal eine praktische Tätigkeit mit dem Engagement für das, was ich als eine «gute Sache im Dienst der Öffentlichkeit» betrachtete, miteinander verbinden. Da hatte ich zwei Vorbilder im familiären Umkreis: einen Cousin meiner Mutter, der Rechtsanwalt in St. Gallen war (Inhaber eines «liberalen» Büros, so das damals in St. Gallen gelebte politisch-konfessionelle «Apartheid»-Schema) und den Bruder Paul meines Vaters, der ein sozial denkender Oberrichter in Zürich und ein begeisterter Alpinist war. Sie beide verkörperten einen Lebensstil, den ich mir für mich auch einmal vorstellen konnte.

a) Studium in Zürich, St. Gallen und Genf

Als Studienort wählte ich Zürich, dies nicht – wie es etwa Kollegen in Deutschland oder den USA getan hätten – weil ich besondere Recherchen über das Studienangebot angestellt hätte, sondern aus rein praktischen Erwägungen. Ein Studium in der Romandie hatte ich damals – heute zu meinem Bedauern – nicht in Betracht gezogen. Zürich war für uns Ostschweizer eine grosse Stadt, Inbegriff einer Grossstadt. Ich kannte Zürich nur oberflächlich, von früheren Verwandtschaftsbesuchen her und von Familienausflügen in den Zoologischen Garten.

Mein erstes Quartier fand ich, zusammen mit zwei Dutzend weiteren Kommilitonen, die aus der ganzen Schweiz und aus dem Ausland kamen und

vor allem an der ETH studierten, im Reformierten Studentenhaus an der Moussonstrasse am Zürichberg, einige hundert Meter von der Uni entfernt. Besorgte Heim»eltern« waren Samuel und Erika Marthaler, die Eltern des späteren Theaterintendanten Christoph Marthaler, der mit seinen Geschwistern ebenfalls im Hause wohnte. Zürich erschien mir als eine nüchterne, etwas spröde Stadt, über welcher die pflichterfüllte, Bescheidenheit predigende Moral Zwinglis hing,¹² dies als Kontrast zum multikulturellen, in seinen Quartieren farbige Weltkultur spiegelnden, aber auch zunehmend vom Geist des Geldes und des Individualismus (oder der Egozentrik) getriebenen Zürich unserer Tage.

Im Studium, das sich noch in der alten liberalen Tradition Humboldts dahinzog, hatte ich, ohne Prüfungsstress und weitgehend autodidaktisch, viel gelernt, auch wenn ich gestehen muss, auf Hochtouren in den Alpen, vom Mont Blanc bis zu den Bündner und Österreicher Bergen, vielleicht ebenso viel, jedenfalls eine ebenso ergiebige Zeit zugebracht zu haben wie in den Hörsälen. Die Berge und die Kollegen, unter denen ich oft der einzige Schweizer und einzige Jus-Student war, haben mein Weltbild stark geprägt. In Zürich begegnete ich aber auch bedeutsamen Professoren: so etwa dem idealistischen, Doktrinen des Naturrechts nahe stehenden Werner Kägi, dem humorvoll-heiteren, liberal-positivistischen Relativisten Hans Nef und dem welt- und europaoffenen, kultivierten, liberalen Dietrich Schindler, bei dem ich später meine Dissertation schreiben sollte. Schindler entstammte einer angesehenen Zürcher Bürgerfamilie. Sein gleichnamiger Vorfahr, Landammann des Kantons Glarus, war 1842 nach Zürich gezogen, wo die Familie Einfluss und grosse Wertschätzung in Wirtschaft, Politik und Wissenschaft erlangte. Max Huber¹³ und Dietrich Schindler sen.¹⁴, Grossonkel und Vater unseres Professors, hatten die Universität Zürich zu einer weltweit bekannten Stätte des Völker- und Staatsrechts gemacht. Insgesamt lernte ich an meiner Zürcher Fakultät vor allem zwei Dinge: wie wichtig es ist, Jurisprudenz in ihrer Verbindung mit den Geistes- und Sozialwissenschaften zu sehen,¹⁵ und

¹² Zur Tradition der Stadt vgl. Gordon A. Craig, *Geld und Geist – Zürich im Zeitalter des Liberalismus 1830-1869*, München 1988.

¹³ Vgl. «Symposium: The European Tradition in International Law – Max Huber», mit Beiträgen von Daniel Thürer, Dietrich Schindler, Jost Delbrück, Ole Spiermann, Oliver Diggelmann, Daniel-Erasmus Khan und Yves Sandoz. In: *European Journal of International Law*, Vol. 18, 2007.

¹⁴ Dietrich Schindler (jun.), *Ein Schweizer Staats- und Völkerrechtler der Krisen- und Kriegszeit – Dietrich Schindler (sen.), 1890-1948*, Zürich 2005; vgl. auch Daniel Thürer, Dietrich Schindler (sen.) (1890-1948), in: Peter Häberle, Michael Kilian, Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts – Deutschland, Österreich, Schweiz*, Berlin/Boston 2014, S. 381-390.

¹⁵ Die Zürcher Fakultät pflegte wohl in höherem Masse als andere Rechtsfakultäten im In- und Ausland Fächer wie Allgemeine Staatslehre, Verfassungsvergleichung oder Rechtssoziologie.

sodann eine Schlichtheit und Sachlichkeit in Denken und Stil, wie sie mir sonst nirgends begegneten und – wie ich meine – im Getümmel des heutigen Bildungswesens erhalten werden sollten.

Wir Zürcher Studenten hatten seinerzeit auch die Möglichkeit, Vorlesungen ausserhalb des Fachcurriculums zu besuchen, wobei mich die Professoren Peter Heintz mit seiner Einführung in die im damaligen (geisteswissenschaftlich geprägten) Wissenschaftsverständnis «revolutionäre» Soziologie, Leonhard von Muralt mit seiner Vorlesung über die Reformationsgeschichte, der Historiker Rudolf von Albertini mit seiner Einführung in die Geschichte des Kolonialismus und der Vereinigten Staaten und der Biologe Ernst Hadorn besonders beeindruckten. Auch bestand für die Zürcher Uni-Studenten die Chance, Kurse an der Freifächer-Abteilung der ETH zu besuchen, wo der geistvolle Historiker Herbert Lüthy lehrte.¹⁶ Ich habe bei ihm – von der Jurafrage bis zur französischen Wirtschaftsgeschichte – viel gelernt, seine Brillanz bewundert und seine geschliffenen Sätze noch immer im Ohr.

In den Turbulenzen jener Jahre, eben in den 68er Jahren, war ich in der Liberalen Studentenschaft engagiert, die in sich gespalten war. Ich gehörte zum reformerischen Flügel und gab, für den schweizerischen Liberalen Studentenverband, ein «Bulletin» heraus. Gegen die romantischen, letztlich radikalen Umsturz-Utopien jener Jahre war ich von meinen Erfahrungen her geformt. Ich hatte – in Gemeindeversammlungen mit ihren offenen Auseinandersetzungen, an den feierlichen Landsgemeinden und später in einem israelischen Kibbutz, wo ich mehrere Monate arbeitete – Demokratie von der praktisch-pragmatischen, liberalen, toleranten und würdigen Seite erlebt. Tief aufgewühlt hatte uns – ein demokratisches Experiment erster Güte – der «Prager Frühling», wobei die Zürcher Studentenschaft in engem Kontakt mit derjenigen Prags stand.

Nach Erlangung des Lizentiats «iuris utriusque» mit dem Prädikat »summa cum laude« absolvierte (und bestand!) ich an der Hochschule St. Gallen einen Kurs über Bilanzführung und zog dann nach Genf, wo ich an der Rue Daniel Colladon im «Maison internationale des étudiants» wohnte, in dem meines Wissens später ein Zentrum für europäische Studien untergebracht war, und wo ich vielfältige Kurse besuchte und über die Studentenverbindung «Zofingia», der ich angehörte, auch rasch Kontakt zu den sonst nicht leicht zugänglichen Genfer Kollegen fand.

¹⁶ Es war dies – so Herbert Lüthy – die Fakultät des Fakultativen ohne Fachstudenten.

b) *British Council Scholar in Cambridge*

Nun setzte eine für meine weitere Entwicklung entscheidende Kette von Zufällen oder von «windfalls» ein, wie man auf Englisch sagen würde, die mich schliesslich – entgegen meinen ursprünglichen Plänen, einmal Richter, Rechtsanwalt oder Beamter zu werden – in die akademische Laufbahn führte.

Ein erster Schritt war, dass ich – in einem komplexen Verfahren als «British Council Scholar» ausgewählt – drei Jahre (1971-74) an der Universität Cambridge verbringen durfte. Eine neue Welt eröffnete sich für mich an diesem einmaligen, geistig hochgeladenen Ort der Welt. Ich wohnte zunächst im Hauptgebäude des (von den letzten Nachfahren von Charles Darwin gestifteten) Darwin College und dann in einem kleinen Reihenhaushaus des College, das man erreichte, indem man mitten auf dem Cambridge Common den legendären Laternenpfahl passierte, der den Übergang vom «Gown» zur «Town» markierte und den Namen «Checkpoint Reality» trug. Unvergesslich ist, wie in unserem Haus einmal spät nach Mitternacht eine Gruppe von Freunden aus Portugal auftauchte mit Gesang, Gitarre und Wein, um uns zu verkünden, dass in ihrer Heimat die «Nelken-Revolution» ausgebrochen und Präsident Caetano gestürzt worden sei. Die Nachricht versetzte vor allem meine beiden kommunistischen Mitbewohnerinnen aus Peru und Chile in wilde Begeisterung; sie bekundeten gleich, dass eine historische Stunde geschlagen hätte, an der das Wort «Neutralität» nicht gerne gehört würde.

Cambridge hatte aber vor allem auch seine faszinierende schulische Seite. Ich absolvierte damals einen LL.M.-Kurs in «International and European Law», wo ich von so imponierenden Persönlichkeiten unterrichtet wurde wie Kurt Lipstein, einem seinerzeitigen jüdischen Emigranten aus Berlin¹⁷ und Pionier des Europarechts in England (Clare College), Robert Y. Jennings, dem luziden, bescheidenen späteren Präsidenten des Internationalen Gerichtshofes in Den Haag (Jesus College), dem aufbrausend-zynischen Clive Parry (Downing College) und Elihu Lauterpacht (Trinity College), der wegen seiner Eloquenz «silver tongue» genannt wurde und Sohn des herausragenden Völkerrechtlers Hersch Lauterpacht¹⁸ war. Gleich zu Beginn meines Studiums in Cambridge nahm ich auch meine Doktorarbeit über das «Selbstbestimmungsrecht der Völker – mit einem Exkurs zur Jurafrage» in Angriff. Mein Supervisor war Dr. (später Prof.) Derek W. Bowett, Präsident von «Queens' College», der mich durch die rigoros knappe Ansetzung einer Frist

¹⁷ Zu den Emigrantenschicksalen von Juristen vgl. Jack Beatson und Reinhard Zimmermann, *Uprooted Jurists*, Oxford 2004.

¹⁸ Hersch Lauterpacht war vielleicht, mit seiner Verbindung von Idealismus, praktischer Imagination und sprachlicher Klarheit, der bedeutendste Völkerrechtler des 20. Jahrhunderts; vgl. zu seiner Person Elihu Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge 2010.

für die Präsentation des ersten Kapitels der Dissertation in Angst und Schrecken versetzte, mir in der Folge aber freie Fahrt für die Ausarbeitung gewährte, sodass meine Gänge – vorbei am seinerzeitigen Office von Lord Maynard Keynes in die Master's Lodge meines klein gewachsenen, energischen und sehr praktisch veranlagten Betreuers – nunmehr viel unbeschwerter verliefen. Zum akademisch-gesellschaftlichen Alltag in Cambridge gehörten die traditionell zelebrierten «formal dinners» mit Portwein im «Drawing Room», dem feierlichen, durch den «Bursar» ausgerufenen und angeführten Einzug der Professoren, Studenten und Gäste in die «Dining Hall», mit lateinischen Gebeten und mit einer bunten Vielfalt von (je nach akademischem Grad mehr oder weniger schmuckvollen) «Gowns» und vergnügte Punting-Fahrten nach dem legendären «Orchard» in Granchester, Picnics am River Cam und vielerlei Festivitäten. Kulturell überstrahlt sind meine Erinnerungen an Cambridge durch Vorlesungen über moderne, vergleichende Literatur von George Steiner, den ich als Genie betrachtete.

Cambridge hatte mir den Weg zum Völkerrecht geöffnet, dessen Idee mir zwar vertraut war, dessen juristische Bedeutung ich aber bisher gering geschätzt hatte. Inkubationsstätte war die alt-ehrwürdige Squire Law Library mit ihren hohen gotischen Gewölben, wo ab und zu der betagte Lord McNair, gestützt von Prof. Jennings, Dr. Bowett oder dem Chief Librarian eine Leiter bestieg, um auf schwindelerregender Höhe einen Band der International Law Reports aus dem Büchergestell zu ziehen und wo etwa ein Dutzend Doktoranden aus aller Welt an ihren Dissertationen arbeiteten. Dies taten wir, als infolge des OPEC-Boykotts das Öl rationiert wurde, bei einer Temperatur von 0-10 Grad Celsius in Mänteln und Jacken gehüllt, die Hände durch Handschuhe gewärmt. «Squire» und die durch sie verkörperte weltweite geistige Ausrichtung des Rechts fand auch ihren Niederschlag in einem Netz «globaler» Freundschaften, das ich in Cambridge begründete.

Im Jahre 1974 schloss ich meine Studien ab mit dem LL.M. (Cantab.) und dem Dr. iuris utriusque der Universität Zürich (Prädikat «summa cum laude»). Die Jahre in Cambridge, einer der ältesten Universitäten Europas, waren meine schönste Studienzeit. Die Liberalität und Gelassenheit, aber auch die Grundsätzlichkeit, ja Radikalität (im Denken, wenn auch nicht in Stil und Gehabe)¹⁹ vieler Lehrer und Studenten, wie auch eine tiefe Verach-

¹⁹ Mit Gown und einer Rose im Knopfloch und in gepflegt-geschliffenem Englisch vertraten Studenten bei Manifestationen aufs Schärfste Lehren von Trotzki und Mao Zedong. – Zu meinen typischen Erinnerungen an Cambridge gehört auch ein Seminar in «The Law of the Sea». Der aus London angereiste Dozent erteilte seinen Unterricht jeweils am Samstag in einem Turmzimmer des Trinity College. Er malte Küstenlinien, Archipele, Meeresstrassen usw. mit farbigen Kreiden auf den Boden. Wenn – um 11 a.m. und 12 a.m. – die mächtigen Zeiger der Turmuhr unser Zimmer verdunkelten, waren «summary» und «conclusions» angezeigt.

tung für alles bloss Konventionelle oder Schematisch-Bürokratische empfand ich als erfrischend, wohltuend. Kein Wunder, dass die Fakultäten und Colleges von Cambridge nie ernsthaft daran dachten, das «kontinentale» Bologna-Studiensystem zu übernehmen; in der Tat ging es ja – ohne fernab erdachte und verordnete Ausbildungsschemen – über 800 Jahre eigentlich ganz gut auch mit den im Rahmen der akademischen Autonomie entwickelten eigenen Traditionen. Wenn mich etwas an Cambridge besonders beeindruckte, waren es die Selbstverständlichkeit des Denkens in langen historischen Dimensionen – der Gegenwärtigkeit also der Geschichte in Doktrin und Sprache, Architektur und Kunst – und die Pflege von Stil und Fairness, sei dies beim Auftreten im Hörsaal, vor Gericht oder anderen Behörden, aber auch beim Sport.

c) *Referent am Max-Planck-Institut in Heidelberg*

Nach meiner Rückkehr aus Cambridge trat ich, vermittelt durch meinen Freund Karl Stengel, für ein gutes Jahr eine Stelle bei Prof. Dietrich Schindler an, bei dem ich vor allem an einer Reihe von Gutachten arbeitete und erste Seminare zur Einführung schweizerischer Juristen in die Europäische Menschenrechtskonvention organisieren durfte. Dietrich Schindler war mir, mit seinem vornehm-humorvollen Stil, seiner Fachkompetenz und seiner breiten Bildung, stets ein Vorbild.

Die eigentlichen Stationen meiner beruflichen Ausbildung waren dann das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg und die Harvard Law School, wo ich mitunter an meiner Habilitationsschrift über «Bund und Gemeinden» arbeitete. Am Heidelberger Institut war ich von 1976 – 1979 als Referent für «völkerrechtliche Kodifikationen» sowie staatsrechtliche Entwicklungen in Australien, Neuseeland und den Vereinigten Staaten zuständig. Die Direktoren Hermann Mosler, Rudolf Bernhardt, Helmut Steinberger und Karl Doehring beeindruckten mich durch ihre wissenschaftlich-empirische Präzision und durch den weiten Horizont ihres Denkens, wobei freilich spekulative, disziplinübergreifende Gedanken weniger gefragt waren als Solidität von Wissen und dogmatische Konstruktion.

In jener Zeit traf ich einmal im Treppenhaus des Instituts zufällig auf Pierre Pescatore, Mitglied des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg, der mich, statt an einem Nachtessen des Instituts-Kuratoriums teilzunehmen, zu einer Pizza in die Altstadt einlud. Unverzüglich begeisterte er mich für Europa, den europäischen Gedanken und dessen Umsetzung in Institutionen, indem er es dank seiner geistigen Ausstrahlung zustande brachte, in wenigen Minuten alle Vorurteile, die ich aus der Schweiz Europa gegenüber mitgebracht hatte, niederzureissen. Pescatore wurde für

mich zu einem wichtigen Mentor, der mir und meinen Kollegen Jahre später bei der Gründung des «Europa Instituts Zürich» zur Seite stand.

Ein neues Tor zur Erweiterung meines Denkens war in Heidelberg aufgestossen. Meine Frau Susi und ich fanden am Max-Planck-Institut auch neue, dauernde Freundschaften. Nur nebenbei sei, à propos Heidelberg, vermerkt, dass ich in den Tagebüchern meines Bündner Grossvaters viel später eine Stelle fand, wonach er, als er in Heidelberg für ein Semester Theologie studierte und mit seinen Schweizer Kollegen häufig den «Roten Ochsen» aufsuchte, offenbar im selben Haus an der Hirschgasse gegenüber vom Schloss wohnte, in dem sich die Dachwohnung von Susi und mir befand.

d) *Harvard Law School*

Den prägendsten Eindruck in meinem beruflichen Leben machte mir in der Folge die Harvard Law School, wo ich die Jahre 1979 bis 1981 zubrachte. Die USA waren für mich zwar nicht Neuland. Schon in frühen Jahren hatte ich mich in ein Buch von André Siegfried vertieft, das im Büchergestell des Bruders meiner Mutter stand, der als Dipl. Ing. agr. ETH für einige Zeit in Kalifornien wirkte. Auch hatte ich in meiner Studienzeit zusammen mit zwei Freunden eine mehrmonatige Greyhound-Tour durch ganz Amerika unternommen, wo wir auch viele Thüerer- und Tobler-Verwandte aufsuchten, deren Vorfahren seinerzeit in die USA emigriert waren. Bei dieser Gelegenheit kamen wir bereits nach Harvard, wo gerade der «Commencement Day» gefeiert wurde; der Präsident der Universität sagte damals einen Satz, der mir bis heute in Erinnerung geblieben ist, nämlich dass die akademische Bildung nicht enzyklopädische Fächer-Ausbildung anstrebe, sondern drei allgemeine Aufgaben zum Ziele habe: die Schulung von logischem Denken, Sprachkompetenz und die Überwindung von «Parochialism» (Provinzgeist).

Wiewohl mir Amerika und Harvard nicht neu waren, bedeutete Harvard für mich einen Abschnitt im Leben, der mich wie kein anderer prägte. Es war dies das «Golden Age» der Menschenrechts- und Grundrechtsdiskurse, der Debatten über Ökologie und über «Poverty» in der Dritten Welt und der wissenschaftlichen Methodenstreite rund um die «Critical Legal Studies» und die aufkommende Schule von «Law and Economics», die von allen Seiten begierig aufgenommen wurden und durch den Campus widerhallten. Die unerbittliche «sokratische Methode» des Unterrichts prägte das «legal reasoning» und den Stil der «legal education», und mit weltbekannten Gelehrten wie dem Rechtsphilosophen John Rawls kam ich unmittelbar persönlich ins Gespräch. Noch immer symbolisieren für mich der Harvard Common und Harvard Square den Inbegriff einer offenen, von Neugier und Experimentiergeist getragenen, kompetitiven und kooperativen «academic community».

Der wohl berühmteste Richter am amerikanischen Supreme Court, Oliver Wendell Holmes, hielt bereits 1885 in einer Rede vor der Suffolk Bar Association über seine «Alma mater» fest:

«... I said that a Law School ought to teach law in the great manner; that it had something more to do than simply to teach law. I think that we may claim for our school that it has not been wanting in greatness.»

Wünschbar sei, dass ein Jurist, auch wenn spezialisiert, «should be reasonable, and see things in their proportion. Nay, more, that he should be passionate, as well as reasonable, that he should be able not only to explain, but to feel.»²⁰

In Harvard stiess ich auf faszinierende Professorengestalten wie den klassischen Völkerrechtler, Gentleman und Zyniker und Richter am Internationalen Gerichtshof Richard Baxter, den in Türmen von Dokumenten in seinem Büro in der «Langdell Library» vergrabenen Louis Sohn, den dynamischen, energischen und scharfsinnigen Staatsrechtsprofessor Laurence Tribe oder den visionären Rechtsphilosophen Roberto Unger. Auch Gestalten wie Abram Chayes, dessen Maxime es war «Let the flowers bloom, all over the place» und der im berühmten Rechtsfall «Nicaragua v. USA» vor dem Internationalen Gerichtshof in Den Haag Nicaragua (!) verteidigte, oder Roger Fisher mit seinen äusserst erfolgreichen Workshops über Verhandlungsführung und Mediation hinterliessen bei mir bleibende Eindrücke.

Dies sind nur einige Gelehrte, die mich besonders beeindruckten. Insgesamt glaube ich, dass das antike Ideal der Bildung mit seinem offenen und suchenden, tastenden und testenden Geist und dem kritischen Dialog zwischen Lehrer und Schüler in Harvard und auch an anderen amerikanischen Spitzenuniversitäten, die ich später besuchte, ihre eindrücklichste Verwirklichung erfuhr. Der elitäre, aber letztlich doch demokratische Geist, die Freude an allem Neuen und das vorurteilslose Abwägen verschiedenster, oft unkonventioneller Betrachtungsweisen waren spannend und lehrreich. Letztlich ist es vielleicht noch immer der amerikanische Pioniergeist, der – in Verbindung mit der Geisteswelt vieler Emigranten aus Europa – auch in der Wissenschaft voll Hoffnung unentwegt nach «new frontiers» strebte.

In der Folge verbrachte ich, als ich bereits Professor war, zusammen mit Susi drei weitere längere Aufenthalte in Harvard, zweimal mit unseren Töchtern, die dort in den Kindergarten bzw. in die High School gingen. Wir hatten im amerikanischen Cambridge eine neue Heimat gewonnen. Später allerdings, bald nach dem Attentat von 9/11, besuchte ich die Fakultät aufs Neue und war erstaunt, wie aus damals liberalen und enthusiastischen Professoren

²⁰ Oliver Wendell Holmes, Jr., in: Richard A. Posner, *The Essential Holmes*, Chicago/London 1992, p. 223/24.

unvermittelt resignierte «Patriots» geworden waren; 2012, als ich den Campus erneut aufsuchte, wunderte ich mich, wie leer und ruhig er geworden war – nur ein kleines «occupy»-Grüppchen tauchte, völlig unbeachtet und trotz Lautsprechern nicht gehört, auf dem «Harvard Common» auf. Ähnliche Überlegungen bekam ich später auch, in Bezug auf das englische Cambridge, vom tiefsinnigen, kreativen Rechtsdenker Philip Allott zu hören, der meinte, die Colleges seien nunmehr von einer Generation von Studenten bewohnt, welche die Universitätsausbildung nicht als Selbstzweck, sondern allein als Durchlaufphase und Mittel zum Zweck des professionellen (pekuniär motivierten und messbaren) Aufstiegs verstünden.

Täuschung? Nostalgie? Wer weiss es? Noch immer stehen aber – symbolisch – zwei Gebäude des Harvard Campus vor meinen Augen: die mächtige Langdell Library, mit deren Hilfe Ende des 19. Jahrhunderts die neue Methode erprobt werden sollte, aus der Masse von Gerichtsentscheiden, Schriften von Rechtsgelehrten und anderen Materialien das «richtige Recht» herauszufiltern, und sodann ein kleines, im Neuengland-Stil erbautes Haus, das «Legal Clinic» genannt wurde, in dem Menschen aus dem «ordinary walk of life» Fragen und Fälle in die Law School tragen konnten. Auch ein Sabbatical an der *Stanford School of Law* im Jahre 1996 brachte neue Einsichten und liess Denkformen erahnen, die – mit ihrer Attraktivität und auch Absurdität – heute zum Beispiel im Bereich der «artificial intelligence» Gemeingut geworden sind. Prächtige Begegnungen und Reisen in Kalifornien schweissten unsere Familie erneut zusammen.

Meine Lehr- und Wanderjahre fanden ihren Abschluss mit meiner Anstellung als Rechtsberater des Regierungsrates des Kantons Aargau (1981-1983), einer Stelle, die mir mein Freund und späterer Fakultätskollege Georg Müller vermittelte. Unter kundiger Anleitung von Dr. Adrian Hungerbühler, der kurz darauf ins Bundesgericht gewählt wurde, lernte ich gutes speeditives, zielgerichtetes juristisches Handwerk.

3. Professor an der Universität Zürich als Zentrum

Seit 1983 war ich Professor für Völkerrecht, Europarecht, öffentliches Recht und Verfassungsvergleichung an der Universität Zürich und seit 1989 Nachfolger meines seinerzeitigen Doktorvaters Dietrich Schindler. Zusammen mit dem umsichtigen Kollegen und Freund Prof. Walter Haller leitete ich das Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Das Institut war in einem der schönsten Bauten Zürichs, dem Rokokogebäude «Haus zum Rechberg» (heute «Palais Rechberg» genannt), untergebracht, dies zusammen mit dem Reformierten Kirchenrat des Kantons Zürich im Erdgeschoss und einem repräsentativen Empfangssaal der Kantonsregierung im dritten Stock. Das stilvolle, von einer prächtigen Gartenanlage umgebene Gebäude mit

seinen Gemälden, seidenen Tapeten, Kachelöfen aus Sachsen, perlen geschmückten Kronleuchtern und knarrigen Böden war vielleicht zu gediegen für ein wissenschaftliches Institut, doch vermittelte es bei Besuchern (einschliesslich Examenskandidaten) das Gefühl, mit Staats- und Völkerrecht ganz besonders wertvolle Güter zu bergen, was ja auch nicht abwegig ist, oder?

An der Fakultät bekleidete ich von 1998 – 2000 das Amt des Dekans. Dies war glücklicherweise noch vor Bologna. Meine Amtsführung als Dekan hat zwei noch heute sichtbare Spuren hinterlassen. In einer engagierten Arbeitsgruppe, in der sich auch meine besonders talentierte, temperamentvolle Kollegin Marie-Theres Fögen engagierte, vermochten wir für unsere Fakultät ein modernes, prägnantes Leitbild (zusammen mit einem Leitbildbericht) zu formulieren, dies unter dem am Eingangsportal zum Bezirksgericht Zürich angebrachten Leitspruch «Unrecht muss umkehren». Zudem gelang es, die Promotionsfeiern von der Aula der Universität, die für die wachsende Zahl von Absolventen und ihren Angehörigen zu klein geworden war, ins Grossmünster zu verlegen. Dabei kamen mir für die Verhandlungen die freundschaftliche Nachbarschaft mit dem Kirchenratspräsidenten im «Haus zum Rechberg» und einschlägige Kenntnisse des Zürcher Rechts (in casu des Kirchengesetzes) zustatten. An einer Promotionsfeier im Grossmünster zitierte ich Leland Stanford, den Begründer der gleichnamigen Universität in Kalifornien, der meinte, Imagination und literarische Bildung seien selbst für (damals umworbene) Eisenbahnbauer in Kalifornien wichtiger als «skills» im Bereich von Engineering und Business²¹, was bei der Zuhörerschaft allerdings weder Interesse noch Verständnis noch Sympathie hervorzurufen schien.²²

Mit meinen Kollegen verstand ich mich ausnahmslos gut. Besonders intensiven Kontakt, ja eine alte Freundschaft, verband mich mit dem später im Gebirge verunfallten, allzu früh verstorbenen Alfred Kölz,²³ der u.a. ein grundlegendes Werk über die schweizerische Verfassungsgeschichte schrieb und mit dem ich über die Jahre viele Bergtouren unternommen hatte. Ich erinnere mich, was den Kreis der Öffentlichrechtler anging, etwa an engagier-

²¹ «I attach», sagte Stanford, «great importance to the general literature for the enlargement of mind and for giving business capacity. I think I have noticed that technically educated boys do not make the most successful businessmen. The imagination needs to be cultivated and developed to assure success in life.» Vgl. Stanford Bulletin 1995-96, S.6.

²² Nur am Rande sei vermerkt, dass es unter meinem Dekanat nach langem Unterbruch wieder gelang, in den Personen von Dr. Sigi Feigl (Zürich) und Prof. Christian Tomuschat (Berlin) zwei Ehrendoktoren zu ernennen.

²³ Vgl. «Hommage à Alfred Kölz (1944-2013) mit Beiträgen von Christine Chappuis, Jean-François Aubert, Olivier Beaud, Stefan G. Schmid, dans «Commentationes Historiae Iuris Helveticae», Band XI, Bern 2013, S. 83 ff.

te Diskussionen über die Einordnung der «Grundrechte», die damals wissenschaftlich in den Vordergrund gerückt wurden, in die Staatsrechtsvorlesung. Ich war der Meinung, dass zunächst einmal vom staatsrechtlichen (bzw. völkerrechtlichen) Ganzen, d.h. von der Struktur der öffentlichen Räume als solcher die Rede sein solle, in welche die Rechte der Einzelnen eingebettet sind, und dass wir – statt den abstrakt-farblosen Begriff der Grundrechte zu rezipieren – dem überkommenen Begriff der «Freiheitsrechte», also der Idee der individuellen Freiheit zur Abwehr von Machtmissbrauch (Freiheit im negativen Sinn) und der öffentlichen, politischen Freiheit zur Teilnahme am Gemeinwesen (Freiheit im aktiven Sinn) treu bleiben sollten; dies, wie wir nun wissen, mit wenig Erfolg, also – um einen modischen Ausdruck aufzugreifen – ohne auf diesem Felde eigentliche «footprints» zu hinterlassen.

Beim Unterricht versuchte ich, mich von meinen Erfahrungen und Eindrücken im angelsächsischen Bereich inspirieren zu lassen, das heisst der Argumentation und dem «reasoning» den Vorrang zu geben vor der Belehrung, exemplarisch, problembezogen zu vertiefen statt enzyklopädisch, aufgefächert, schulfach-spezifisch zu beschreiben und auszubreiten, das «maybe» und «should» dem «is» vorzuziehen, zu überzeugen statt zu propagieren und ganz allgemein dem Kerngedanken der (an der Harvard Law School zelebrierten) «sokratischen Methode» nachzuleben, wonach der gute «teacher» ein «educator» und es nicht seine Aufgabe sei, abgestandenen (positivrechtlichen) «Stoff» zu sortieren, abzupacken und in Umlauf zu setzen, sondern vielmehr wie ein «midwife» (so Sokrates) zu Tage zu fördern, was im Menschen bereits vorhanden sei. Auch war ich (mit mehr oder weniger Erfolg) stets bestrebt, im und hinter dem «Technischen» das Prinzipielle zu sehen; die Ausbildung sollte – so mein Modell – eine ethische Komponente enthalten und «elevating» sein, nicht nur instrumental und «flat». Aus dieser Sicht erklärt es sich auch, dass ich versuchte, neue Vorlesungen und Themen ins Curriculum einzubringen (so über das Recht der Vereinten Nationen oder Ausländerrecht, wo der Rechtsstaat in besonderem Masse gefordert ist), dass ich aber nie im Sinne hatte, ein «Lehr»-Buch zu schreiben.

Ob und inwieweit es mir gelungen ist, mich diesen Zielen anzunähern, weiss ich nicht und ist auch nicht an mir zu beurteilen. Jedenfalls hatte ich an den vielen Blockseminaren, die ich meist mit Kollegen aus anderen Disziplinen²⁴ und auch im Ausland durchführte (Den Haag, Strassburg, Rom, aber auch in Genf etc.), und bei Exkursionen zum Europarat in Strassburg und zur UNO in Genf (die wir «Schulausflüge» nannten) immer den Eindruck, dass

²⁴ Interessant (und gewissermassen pionierhaft) war ein Seminar, das ich mit meinem Kollegen aus dem Privatrecht Hans Caspar von der Crone kurz nach dem Ausbruch des Irakkrieges im Jahre 2003 zum Thema «Private Kriege» durchführten. Dessen Ergebnisse wurden in der Berner Zeitung «Der Bund» publiziert, lange bevor Regelungen von öffentlicher Seite vorliegen konnten.

wir es mit aufnahmefreudigen, lernbegierigen und engagierten jungen Leuten zu tun hatten. Stets erwiesen sich die Augen der Studentinnen und Studenten als der zuverlässigere Spiegel über den empfundenen Wert einer Veranstaltung als die ausgeklügeltesten Evaluierungen. Im Ganzen aber habe ich, auf die Lehrtätigkeit zurückblickend, doch das Gefühl, dass die Lehre zu kurz gekommen ist. Die junge Generation mit ihrer Suche nach professionellem Kennen und Können, aber auch nach Sinnzusammenhängen und Orientierung, ist ein kostbares Gut, das den Professoren anvertraut ist. Könnte ich nochmals beginnen, so würde ich hier meine hauptsächliche Kraft investieren. Dabei würde ich noch mehr «Kommunikation» an die Stelle von «Unterricht», gemeinsames Lernen, d.h. «Dialog», an die Stelle der «Lehre» vom Katheder herunter setzen. Auch würde ich versuchen, die Chance zu nutzen, mit Hilfe der jungen Generation in vermehrtem Masse neue «digital commons» zu erschliessen.

Was die inhaltliche Ausrichtung und Struktur des Rechtsstudiums betrifft, versuchte schon das im Jahre 2000 von der Fakultät angenommene Leitbild, die internationalen Verknüpfungen der Rechtsentwicklungen vermehrt zu thematisieren. Anlässlich meines Rücktritts aus der Fakultät postulierte ich in einem Schreiben an meine Kollegen, Zürich könne als Pionier-Universität neu das Fach «Transnationales Recht» – eine Kombination (und «co-teaching») von Völkerrecht, Europarecht, internationalem Privatrecht im formellen und materiellen Sinn und Rechtsvergleichung – einführen und dieses, zumindest zum Teil, an den Anfang des Studiums legen; damit könnten wir, so meine ich, gleich beim Einstieg ins Studium signalisieren, dass das Recht, mit dem die Studenten sich in den folgenden Jahren vor allem befassten – nämlich das nationale Recht – nur ein Ausschnitt aus einem grösseren, umfassenderen Ganzen ist. Auch sollte so die Anschlussfähigkeit der Rechtswissenschaft an andere Disziplinen gefördert werden, die naturgemäss nicht durch nationale Grenzen eingeschränkt sind.²⁵ Wird der Gedanke eine Zukunft haben? Wer weiss es? Die Fakultät hätte jedenfalls relativ weit gefasste Kompetenzen, ihn aufzugreifen und auszugestalten, und sie hat erste Schritte bereits unternommen. Ich hatte ein solches Konzept auch meinen Kolleginnen und Kollegen der «Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht», die ich präsierte, und insbesondere deren Kommission «Völkerrechtsausbildung» ans Herz gelegt.

²⁵ Reform der Rechtsausbildung, in: Plädoyer 2013, S. 42/43. Zur Öffnung der Rechtsausbildung nach aussen vgl. vor allem auch François Bellanger et Jacques de Werra, «Genève au confluent du droit interne et du droit international – Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012», Genève/Zürich, 2012 mit interessanten weiterleitenden Beiträgen von Maya Hertig Randall, Thomas Kadner Graziano, Robert Kolb, Dominique Manaï, Gabrielle Marceau, Victor Monnier, Xavier Oberson, Anne Petitpierre Sauvain, Marco Sassòli, Thierry Tanquerel und Bénédicte Winiger.

Wie immer: ich bin zur Überzeugung gelangt, dass die uns anvertrauten Studierenden (und nicht der spezialisierte Fachkollege in irgend einem Winkel der Welt) primär im Fokus eines Professors stehen sollten. Ich erfahre im Gespräch mit praktizierenden Juristen immer wieder, wie sehr einzelne Konzepte und Geschichten ihrer seinerzeitigen Professoren und die für die Prüfung durchgearbeiteten Bücher über die Jahre hinaus Grundlage der beruflichen Tätigkeit blieben und die Idee des «lifelong learning» hierzulande, zumindest in Bezug auf Theorie und Dogmatik, einen schönen Traum darstellt. Wir dürfen unsere Chancen, Generationen, die den Berufsstand in Zukunft bilden, geistig zu formen, nicht leichtfertig vertun.

4. Wissenschaftliche Arbeit als hauptsächliche Ambition

Zu Recht steht, neben und als Grundlage der Lehre, die Wissenschaft im Zentrum der Berufstätigkeit des Professors. Sie hat auch einen erzieherischen Wert. Dieser liegt, wie Leo Tolstoi schrieb, in der «Liebe des Lehrers zu seiner Wissenschaft». «Denn willst du», meinte Tolstoi, «deine Schüler wissenschaftlich bilden, so liebe deine Wissenschaft und beherrsche sie, dann werden deine Schüler dich und deine Wissenschaft lieben lernen, und du wirst sie zugleich erziehen.»²⁶ Ja, das ist auch meine Erfahrung: nicht so sehr pädagogische Geschliffenheit, sondern sachliche Kompetenz und Begeisterung für seine «Botschaft» verschaffen dem Lehrer Autorität und Wirksamkeit.

a) Freude am Texte schreiben

Der Schwerpunkt meiner beruflichen Arbeit lag beim Schreiben. Schreiben erfordert vom Autor, seine Gedanken zu sortieren, zu werten, auszuwählen und auszuschneiden, wegzulassen. Schreiben zwingt zur Bewusstseinsklärung und zur Präzision. Wie weiss ich, was ich denke, könnte man sich fragen, bevor ich lesen kann, was ich geschrieben habe?

Eckpfeiler meiner wissenschaftlichen Arbeit waren – formal, im Ablauf gesehen – zunächst meine Doktor- und die Habilitationsarbeit. Die Dissertation über das «Selbstbestimmungsrecht der Völker – mit einem Exkurs zur Jurafrage» erschien 1976 in einer Phase, die kritisch war für die dogmatische Entwicklung des Selbstbestimmungsrechts und in der sich im Jura, wo ich – von England aus – verschiedentlich die «fête du peuple jurassien» besuchte, tragende, weltweit interessante Lösungen anbahnten. Die Thematik der Habilitationsschrift über das Verhältnis von «Bund und Gemeinden» in Deutsch-

²⁶ Zitiert bei Daniel Thüner, Universität: Treuhänderin kognitiver Werte, in: Universitas in theologia – theologia in universitate – Festschrift für Hans Heinrich Schmid zum 60. Geburtstag, hrsg. Von Matthias Krieg und Martin Rose, Zürich 1997, S. 81, 88.

land, den Vereinigten Staaten und der Schweiz (1986) schien damals, zur Zeit der Euphorie des Grundrechtsdenkens, Vielen als abwegig, doch kam gerade diese Frage etwa im Zuge der Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung von 1999 explizit zur Geltung (vgl. Art. 50 BV), und an den später auch global einsetzenden Debatten über den Föderalismus engagierte ich mich über die Jahre im Rahmen des in Ottawa domizilierten «Forum of Federations» (so insbesondere an den Weltkonferenzen in St. Gallen, New Dehli und Addis Abeba).

An der Universität Zürich führte ich mich 1983 mit der Antrittsvorlesung über «Soft Law – eine neue Form des Völkerrechts?» ein – eine Thematik, die heute in Theorie und Praxis in aller Leute Munde ist, damals aber wissenschaftlich erst ansatzweise bearbeitet war. Dem Schweizerischen Juristenverein stellte ich mich mit Bundesrichter Claude Rouiller 1986 im Grossratssaal des Kantons Neuchâtel vor mit einem Referat über «Das Willkürverbot nach Art. 4 BV – La Protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat». Beim Zürcherischen Juristenverein, den ich später präsidierte, referierte ich im Zunfthaus zur Saffran über «Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Verwaltungsverfahren». Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, zu deren Vorstandsmitglied ich später gewählt wurde (1998-2000), beauftragte mich für ihre Zürcher Tagung (1991) mit einem Referat zum Thema «Der Verfassungsstaat als Glied der europäischen Gemeinschaft», das für mich zu einer Art «Sprungbrett» in das (auch schweizerisch verstandene) europäische Verfassungsrecht wurde.²⁷ Im Rahmen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (heute: «Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht»), deren Vorsitzender ich später (2009-2013) wurde, hielt ich 1995 in Leipzig ein Referat über den «Wegfall effektiver Staatsgewalt: 'The Failed State'» – auch dies ein Thema, das sich angesichts des Zerfalls von Staaten in der Dritten Welt wie etwa in Ruanda, Somalia und anderen Fällen wissenschaftlich eben erst herauszubilden begann. Meine Abschiedsvorlesung im Jahre 2010, die – wie ich meine – grundsätzliche Ansätze zum neuen Überdenken staatlicher und politischer Werte und Strukturen enthielt, galt 2010 dem Thema »Res publica – Von Menschenrechten, Bürgertugenden und neuen Feudalisten».

²⁷ Ein zweites Sprungbrett zum Einstieg in die europäische Verfassungsdiskussion war vor vielen Jahren – wiederum – ein Zufall: Als erster Redner einer vom Europäischen Hochschulinstitut in Florenz veranstalteten Konferenz zum Thema «Do we need a European Constitution?» waren ein bekannter Politiker aus Belgien als Keynote Speaker und ich als (zweitrangiger) «Commentator» angekündigt. Da der Hauptreferent in Brüssel den Zug verpasste, wurde mein Vortrag zum Hauptreferat. Auf diese Weise begann ich, mich mit der europäischen Verfassungsidee zu identifizieren. Vgl. meine Publikation «Do we need a Constitution?». In: Robert Schuman Center (ed.), A Constitution for the European Union, EUI Working Paper RSC No. 95/9, European University Florence, San Domenico 1995, S. 13-22.

Materiell gesehen faszinierten mich vor allem und immer wieder Grundfragen von Recht und Gerechtigkeit. Denn ist es nicht so, wie Walther Burckhardt in einfachen Worten festhielt, dass jede Rechtsordnung, «im Ganzen und in ihren Teilen, gerecht sein und das Recht ... der Idee der Gerechtigkeit gemäss sein (soll)»?²⁸ So befasste ich mich etwa im Rahmen des Liberalen Instituts mit dem Widerstandsrecht und viel später, in einer Eröffnungsvorlesung an der «Académie de droit international humanitaire» in Genf, mit der (merkwürdigerweise allseits verdrängten, aber schicksalshaften) Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von Atomwaffen.²⁹

Insbesondere haben sich in meiner wissenschaftlichen Arbeit zwei Schwerpunkte herausgebildet: das «Humanitäre Völkerrecht» (auch in Verbindung mit dem Neutralitätsrecht) und das Europarecht. Beim *humanitären Völkerrecht* lassen sich die existenziellen, minimalen und universalen Grundgehalte des «Rule of law» an sich – der absolut unverzichtbare Kern dessen, was die menschliche Würde ausmacht – herauskristallisieren, denn im einzelnen Opfer kollektiver Gewalt ist, mit seinen Grundelementen des Rechts auf Leben, Gesundheit und freie geistige Entfaltung des Menschen, die Menschheit als Ganzes repräsentiert. In meiner Haager Vorlesung über «International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context», die 2011 auch in Buchform erschienen ist (und demnächst in 2. Auflage erscheinen soll), versuchte ich, Ansätze für eine neue, auch an den Strukturen der Menschenrechte orientierte Dogmatik zu entwickeln, Quellen des Rechts neu zu überdenken (unter Einbezug der «Allgemeinen Rechtsprinzipien» und insbesondere der Martens'schen Klausel) und ganz allgemein Brücken zu anderen Disziplinen wie Geschichte, Politische Wissenschaft, Religionswissenschaft und Ökonomie zu schlagen und damit das humanitäre Völkerrecht in einem grossen Netz transdisziplinärer Ansätze einzufangen. Ich bin auch glücklich darüber, als Mitglied des «International Institute for Humanitarian Law» in San Remo einen praktischen Rückhalt für meine Arbeit auf diesem Gebiet zu haben.

Was das *Europarecht* betrifft, habe ich eine Vielzahl von praktischen und theoretischen Aufsätzen geschrieben und 2008 an der Universität Paris-Assas (Paris II) eine Vorlesungsserie über «Intégration européenne: Idées de base»

²⁸ Walther Burckhardt, *Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft*, Zürich 1937, S.19.

²⁹ Vgl. Daniel Thürer, *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons: The ICJ Advisory Opinion Reconsidered*, in: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 2012, S. 213-233; ders. und Martin Zobl, *Are Nuclear Weapons really legal? Thoughts on the Sources of International Law and a Conception of Law imperio rationis instead of ratione imperii*, in: Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer, Christoph Vedder (eds.), *From Bilateralism to Community Interest, Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford 2011, p. 184-197, zusammen mit Martin Zobl.

gehalten, aus der (in französischer Sprache) der Text eines Buches entstanden ist, das demnächst erscheinen soll. Auch war ich in diesem Bereich beratend tätig, zuletzt, zusammen mit Prof. Thomas Burri (Universität St. Gallen), für den Bundesrat mit einem «Gutachten über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen». Grundidee der europäischen Integration scheint mir – so wie im humanitären Völkerrecht der leidende Mensch – mehr und mehr der Mensch als politisches Wesen, der «partizipative» Bürger zu sein. Ich meine – modischen Konjunkturen in Wissenschaft und Politik zum Trotz –, dass das Ziel des europäischen Integrationsprozess letztlich darin liegt, die Rolle des Bürgers in einem europäischen Kontext neu zu definieren und zu stärken. Hatte nicht bereits Jean Monnet gesagt, es gelte, die Menschen und nicht die Staaten zu vereinen, und zielen nicht die Bestrebungen in den Bereichen des Menschen- und Minderheitenschutzes gerade in diese Richtung? Im Raum der Politik und nicht im rein Wirtschaftlich-Utilitaristischen scheint mir, in langen Zeiträumen und grundsätzlich gedacht, die besondere, würdige Aufgabe der Europa-Idee zu liegen.

Im Ganzen verfasste ich bisher, als Bücher, Aufsätze, zwischen 400-500 Publikationen, die zum Teil in den folgenden Bänden wiedergegeben sind: «Perspektive Schweiz – Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung» (1998), «Kosmopolitisches Staatsrecht – Grundidee Gerechtigkeit», Band 1 (2005) und «Völkerrecht als Fortschritt und Chance, International Law as Progress and Prospect – Grundidee Gerechtigkeit», Band 2 (2009). Mit meinen Kollegen Jean-François Aubert (Universität Neuchâtel), Jörg Paul Müller (Universität Bern) und anfänglich auch Peter Saladin (Universität Bern) und unter Mitarbeit von Oliver Diggelmann (Universität Zürich) gab ich 2001 – d.h. ein Jahr nach Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung – das Gesamtwerk «Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse» heraus, und ich koordinierte zusammen mit Jörg Paul Müller für das von Detlev Merten und Hans-Jürgen Papier herausgegebene «Handbuch der Grundrechte» den Band VII/2 über «Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein» (2007). Zusammen mit meinem inspirierenden Mentor und Freund Thomas Buergenthal, dem damaligen Mitglied des Internationalen Gerichtshofes und dem früheren Präsidenten des inter-amerikanischen Gerichtshofes für Menschenrechte, schrieb ich das Buch «Menschenrechte – Ideale, Instrumente, Institutionen» (2009). 2011 erschien meine an der Hague Academy of International Law gehaltene Vorlesungsreihe über «International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context» im Rahmen der von der Akademie herausgegebenen «Recueil des Cours» und als Paperback. Mit alt Bundesrat Arnold Koller sowie den Kollegen Bernard Dafflon, Bernhard Ehrenzeller, Thomas Pfisterer und Bernhard Waldmann verfasste ich das Bändchen «Principles of Federalism. Guidelines for Good Federal Practices – A Swiss contribution» (2012), mit meinem Kollegen und Freund Zdzislaw Kedzia (Universität Posen und damals Office of the U.N. High Commissioner for Human Rights) gab ich den Band «Managing Diversity- Protection of Minorities in International Law» (2009) heraus; und neuerdings folgte der Band «International Protection of Minorities – Challenges in Practice and Doctrine» (2014). Häufig war ich mit der Wahl der Themen der Zeit voraus, was im Rückblick nicht so ohne weiteres ersichtlich ist. Auch gehörte ich – etwa angesichts der Kosovo-

krise, des «War against Terrorism» oder im Fall Guantánamo zu den ersten Völkerrechtlern, die öffentlich eine wissenschaftlich-analytische Kritik vorbrachten.³⁰

«Je sentis avant de penser, c'est le sort ,commun de l'humanité», schrieb Jean-Jacques Rousseau in «Les Confessions».³¹ Es ist, wie mir scheint, der Zweck des Schreibens, vielleicht zunächst noch diffuse Gedanken zu klären und in eine Form zu bringen. Schreiben bedeutet immer auch den Versuch, Gespräche mit meist unbekannten Lesern aufzunehmen. Und es entspricht meiner republikanischen Einstellung, dass ich das Gespräch zunächst mit dem intelligenten und interessierten «Mitbürger» suche, also für den «allgemeinen Leser» in einem allgemein verständlichen Stil schreiben will. Eine gute Methode, um dieses Ziel zu erreichen, ist es, geplante wissenschaftliche Abhandlungen mit einem Zeitungsartikel zu beginnen. Unlängst traf ich, in einem Bahnhofbuffet im Bündnerland, einen politisch engagierten Bauern, der mich auf einen Artikel über Demokratie und zwingendes Völkerrecht ansprach, den ich einige Zeit zuvor in der «Neuen Zürcher Zeitung» publiziert hatte. Der Test war bestanden: die «Botschaft» war bei einem Typ von Staatsbürger angekommen, den ich mitunter im Auge hatte, als ich den Artikel schrieb.

Kurz: das humanitäre Völkerrecht interessiert, weil es die Menschheit im Menschen sichtbar macht; das Europarecht, weil es das Fremde entfremdet. Im Dreieck zwischen dem (auch vergleichend betriebenen) Staatsrecht und den genannten Kernbereichen des Völker- und Europarechts bewegte sich im Wesentlichen meine wissenschaftliche Arbeit.

b) Wissenschaftliche Vereinigungen und Auszeichnungen

Seit langem hatte ich den einschlägigen deutschsprachigen Berufsgemeinschaften angehört: der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, wo ich 1990, an der Zürcher Tagung, ein Referat zum Thema «Der Verfassungsstaat als Glied der europäischen Gemeinschaft» hielt und deren Vorstand ich von

³⁰ Vgl. zum Beispiel: Die NATO-Einsätze in Kosovo und das Völkerrecht», in: NZZ vom 3./4. April 1999, S. 7; «Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts», in: Archiv des Völkerrechts 2000, S. 1 ff.; «Testfall Irak – Ist das Völkerrecht wirklich am Ende?», in: NZZ vom 8./9. Februar 2003, S. 61 (später in Festschrift für Thomas Fleiner); «Guantánamo: Ein 'Legal Black Hole' oder ein System sich überschneidender und überlagernder 'Rechtskreise'?), in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 2004, S. 1 ff. (gestützt auf eine im Vorjahr gehaltene Laudatio zu Ehren von Cornelio Sommaruga); «Kampf gegen den Terrorismus – Kampf für das Recht», in: NZZ vom 20. April 2005, S. 15 (später in Festschrift für Christian Tomuschat); «Rassismus als Gift – Reaktion durch das Recht», in: NZZ vom 14. Februar 2007, S. 19.

³¹ Jean-Jacques Rousseau, *Les Confessions*, édition et introduction de Bernard Gagnebin, Paris 1998, p. 30 (Livre premier).

1998-2000 angehörte, und der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, an deren Leipziger Tagung ich über den «Failed State» referierte.

Nachdem in den vorhergehenden Jahren Jochen A. Frowein (Heidelberg), Jost Delbrück (Kiel), Michael Bothe (Frankfurt) und Rüdiger Wolfrum (Heidelberg) die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht präsidiert hatten, wurde ich, für mich überraschend, im Rat als Vorsitzender vorgeschlagen und von der Mitgliederversammlung in München in dieses Amt gewählt. Meine Amtszeit von 2009 bis 2013, in der ich von meinen Vorstandskollegen Georg Nolte (Berlin) und Dagmar Coester-Waltjen (Göttingen) tatkräftig unterstützt wurde, gehörten – wie man mir sagte – zu den bewegtesten in der ca. 90-jährigen Vereinsgeschichte. Dies nicht wegen meiner Person, sondern weil die Gestaltungsbedürfnisse einfach so fielen. Die Gesellschaft erhielt einen neuen Namen: nämlich «Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht»; damit sollte die enge Verbindung des Völkerrechts mit dem internationalen Privatrecht besser zum Ausdruck gebracht werden. Es wurde eine Kommission zur Reform des Völkerrechtsstudiums eingesetzt. Zusammen mit der *Société française de droit international* wurden ertragreiche Tagungen durchgeführt, und die Beziehungen zu den jungen Völkerrechtlern wurden verfestigt. Die Homepage wurde neu gestaltet. Der Bestand erhöhte sich auf heute mehr als 500 Mitglieder, und 2011 und 2013 fanden in Köln und Luzern Tagungen mit ausgezeichneten Referaten in einer guten Atmosphäre statt. In Luzern wurde, in der Person von Prof. Rudolf Bernhardt aus Heidelberg, auch zum ersten Mal ein Ehrenmitglied gewählt. Die Gesellschaft hat ihre traditionell «zünftische» Natur beibehalten, dies in einem doppelten Sinn: sie setzt sich selektiv nach wie vor aus Professoren und hohen Funktionären (Diplomaten und anderen hohen Beamten von Staaten und internationalen Organisationen) zusammen, und ihre Mitglieder sollen, soweit praktikabel, in Form von minutiös ausgearbeiteten Referaten ihre «Gesellenstücke» einbringen. Der Charakter einer auch «geselligen Gesellschaft» breitet sich aber zusehends aus, was eine erfreuliche Entwicklung darstellt. Insgesamt fühle ich mich mit der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, wie ich an der Luzerner Tagung auszuführen versuchte, aus zwei Gründen besonders verbunden: sie ist «deutsch» in Sinne der Deutschsprachigkeit, und die Sprache, mit ihrer Macht und spezifischen Gestalt, ist das Gehäuse, in dem wir uns als Juristen bewegen; und sodann geht eine Tendenz unserer «Gesellschaft» – mehr als bei den meisten Schwestergesellschaften – dahin, neben Dogmatik und Kasuistik auch allgemeine Fragen der Rechtskultur und Rechtstheorie vermehrt zu pflegen.

Mit meiner wissenschaftlichen Arbeit hängt wohl vor allem zusammen, dass ich verschiedene Anerkennungen erfahren durfte: ich nenne etwa die Verleihung des Dr. h.c. rer. publ. durch die Universität St. Gallen (2001), mit dem früher schon etwa die Professoren Zaccaria Giacometti, Herbert Lüthy,

Kurt Eichenberger, Jean-François Aubert und Jean-François Bergier ausgezeichnet wurden. Auch die Ehrenmitgliedschaft der indischen Gujarat National Law University und die Mitgliedschaft beim Concord Research Center for Integration of International Law in Jerusalem können genannt werden. Zur besonderen Genugtuung gereichte es mir, dass ich 2009 ins renommierte «Institut de droit international» aufgenommen wurde, an dessen Sessionen von Neapel, Rhodos und Tokio/Kyoto ich bisher mitwirkte.

5. «Professeur valise»

Als Professor besass ich bis zu meiner Emeritierung (2010) einen (von ausgezeichneten Assistenten und Doktoranden umgebenen) «Lehrstuhl». ³² Auf dem Lehrstuhl sitzend sollte ich meine Studenten «be-lehren» bzw. «unterrichten». Nun war mein Aufgabengebiet – für die damaligen Verhältnisse noch nicht so üblich, wenn auch durchaus legitim – nicht an einem einzigen Ort verankert, wie dies in anderen Fächern der Rechtswissenschaft naturgemäss eher der Fall ist. Da gab es eine Vielzahl von weiteren «Lehrkanzeln», die ich auch benutzen durfte: So etwa – in der Schweiz – an der Universität St. Gallen (1983-1985), Freiburg (1986-1992) und Genf (2006/07) oder, im Ausland, als Distinguished Visiting Professor, an der Hong Kong University (2000) sowie als «Professeur invité» an der Université Panthéon-Assas (Paris II) 2008, am Collège de l'Europe in Bruges (2005), an der Hague Academy of International Law (2008), am Institut des Droits de l'homme in Strassburg (2008/9), bei EIUC Venice School of Human Rights (2010), der Universität Roma Tre (2012), oder der Europäischen Akademie Bozen (EURAC) (2012). Während eines Jahres (2010/11) versah ich den «Swiss Chair» an der «Academy for International Humanitarian Law» in Genf, und während mehreren Monaten durfte ich als «Senior Fernand Braudel Fellow» am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz tätig sein (2012). Auch habe ich regelmässig an Konferenzen im Ausland teilgenommen und an der Evaluierung auswärtiger Fakultäten (Graz, Basel und Genf, letzteres als Mitglied der «Commission Couchepin» zur Überprüfung von Lehr- und Forschungseinrichtungen des Wissenschaftsstandorts Genf) und an Berufungs- und Doktoratskommissionen (Europäisches Hochschulinstitut in Florenz, Universitäten Genf, Basel, St. Gallen, Helsinki und verschiedene Max-Planck-Institute). Ich bin Mitglied des «Institute for Humanitarian Law» in San Remo und des Aufsichtsrats des Walther Schücking-Instituts Kiel, und ich gehörte dem wissenschaftlichen Beirat des Max-Planck-Instituts für Völkerrecht und aus-

³² Aus meinem Umfeld haben folgende Kolleginnen und Kollegen eine wissenschaftliche Laufbahn eingeschlagen: Urs Saxer, Christine Kaufmann, Erika de Wet, Oliver Diggelmann, Thomas Burri und Malcolm MacLaren.

ländisches Verfassungsrecht in Heidelberg an. Weil ich viel unterwegs war, wurde ich einmal von einem Kollegen als «professeur valise» bezeichnet.

6. «Extra muros»: Verbindung von Wissenschaft und Praxis

Wiewohl die Universität Zürich die hauptsächliche Stätte meines beruflichen Wirkens war, betätigte ich mich in weitem Masse immer auch ausserhalb meiner Alma Mater.³³ Immer zeigte sich, wie Sachaufgaben und Strategien eng mit Institutionen verbunden sind und um diese kreisen. Es besteht hier nicht Raum, auf Details einzugehen. Nur einige Stationen seien genannt.

a) *Richter am FL-Staatsgerichtshof und Mitglied der Bergier-Kommission*

aa) Von 1989-2000 war ich, als Nachfolger des in den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewählten Basler Völkerrechtlers Luzius Wildhaber, ordentliches Mitglied des *liechtensteinischen Staatsgerichtshofs*. Dem Gericht gehörten traditionellerweise ein österreichisches und ein schweizerisches Mitglied an, und alle Richter wurden (damals) allein durch den Landrat – d.h. ohne Mitwirkung des Fürsten – gewählt. Als ausländischer Staatsangehöriger musste ich einen Treueeid nicht auf den Fürsten, sondern nur auf die Verfassung ablegen, und weil ich Protestant war³⁴, verschwand auch anlässlich der Zeremonie der Vereidigung plötzlich das Kruzifix hinter einem samtenen Vorhang. Die Tätigkeit als Richter gefiel mir, wiewohl sie viel Arbeit mit sich brachte. Ich erlebte das Verfassungsgericht als ein mächtiges «Powerhouse», in dem Rechtselemente aus den Nachbarländern, aber auch anderer und übergreifender Rechtsordnungen zusammengeschmolzen wurden und damit Schritt für Schritt, Entscheid für Entscheid liechtensteinisch-staatliche Identität hergestellt wurde. Das Richterergremium wirkte kompetent und freundschaftlich zusammen, und ich habe von meinen Kollegen fachlich und menschlich viel gelernt. Unvergesslich ist mir die Rolle einer gescheiterten Laienrichterin, die uns mit ihren «unprofessionellen» Fragen zwang, unsere Entscheide in einer volksnäheren Sprache zu begründen. Abgesehen davon, dass ich – neben anderen Grundlagen und wo angezeigt –

³³ Gemäss einem Artikel über «Weichensteller» in der Zeitschrift «Bilanz» 2006/12, S. 101, belegte ich zwischen Nobelpreisträger Rolf Zinkernagel und ETH-Rektor Konrad Osterwalder einerseits und Uni-Rektor Hans Weder sowie Dieter Imboden anderseits Platz 7. (Kommentar meiner Tochter Anne-Käthi zu dieser Fussnote: «das ist zu bluffisch!»)

³⁴ Wie ich später erfuhr, bildete die von der Mehrheit abweichende Konfessionszugehörigkeit ein positives Auswahlkriterium; es sollte zur Erhöhung der Diversität des Verfassungsgerichts beigetragen werden.

versuchte, schweizerisches Rechtsdenken einzubringen, gehörten zu meinen spezifischen Beiträgen vielleicht ein «obiter dictum», in welchem es um die Stellung des Staatsoberhauptes in Abstimmungskämpfen ging, wie auch die Anerkennung des Willkürverbots als verfassungsrechtlich garantiertes Grundrecht. Als Mitglied des obersten Gerichts eines souveränen Staates konnte ich auch an Kongressen von europäischen Höchstgerichten in Prag und Versailles teilnehmen; an Versailles sind mir der majestätische zeremonielle Einzug und Auftritt von Präsident Mitterand in Erinnerung.

bb) Im Jahr 2000 verliess ich mein Amt in Liechtenstein, nachdem ich vom Bundesrat in die «*Unabhängige Expertenkommission Schweiz-Zweiter Weltkrieg*» (Bergier Kommission) gewählt worden war. Ich war, wie ich später erfuhr, schon bei der Konstituierung der Kommission als «juristisches Mitglied» vorgesehen, doch nahm vorerst – da der sich in Eile befindende Bundesrat mich telefonisch nicht auffinden konnte – der ehemalige Chef des Bundesamts für Justiz, Josephe Voyame, diese Funktion wahr: eine ausgezeichnete Wahl. Ich folgte Voyame im Jahre 2000 und fand ein heftig aufgewühltes, aus fünf schweizerischen und vier ausländischen Mitgliedern bestehendes Gremium vor. Die Zerstrittenheit rührte unter anderem daher, dass in der Schweiz Vertreter einer neuen Generation von Historikern, die ihre eigenen Rollen und ihr von konventionellen Auffassungen oft stark divergierendes Geschichtsverständnis zu definieren und zur Geltung zu bringen suchten, ans Ruder kam und dass – kurz nach dem 700-Jahr-Jubiläum der Eidgenossenschaft mit den mythisch verklärten «Diamant»-Feiern der »Veteranengeneration« – landesweit fundamentale Streitigkeiten über die Identität der Schweiz aufgebrochen waren, zu deren Seismograph die Kommission wurde. Ich hatte zu den Kollegen der Kommission persönlich ein gutes Verhältnis, und Bergier, ein Waadtländer Historiker mit Stil und feiner Kultur, bezeichnete mich in einer Schrift als «mon ami». In zum Teil heftigen Auseinandersetzungen³⁵ versuchte ich immer wieder, auch die Perspektive der seinerzeit Lebenden und Wirkenden zur Sprache zu bringen, ohne dabei – wie Kollegen – jede Eingabe gleich ins Bundesarchiv zu bringen. Im Ganzen erstaunte mich, wie leichtfertig – so nahm ich es jedenfalls wahr – Historiker gelegentlich bereit waren, spätere Wertewelten in die Vergangenheit zu projizieren, statt zu versuchen – was freilich in Gänze höchstens in entfernten Annäherungen möglich ist –, Vergangenes aus sich selbst heraus zu verstehen; als Juristen sind wir immerhin geschult, intertemporal zwischen der damals und

³⁵ So empfand ich es zum Beispiel als anmassend, dass in Texten, die der Kommission vorgelegt wurden, der Geist der «Landi» von 1939 als «totalitär» und faschistoid bezeichnet wurde, oder dass ganz generell in der Schweiz der Vorkriegszeit der Antisemitismus «grassierte», was ein Zeitzeuge (Rechtsanwalt Prof. Eric Homburger, St. Gallen/Zürich) in einem Telefongespräch mit mir als unzutreffend bezeichnete. Vgl. aber auch Jacques Chessex, *Un Juif pour exemple*, Paris 2009.

der heute geltenden («lex lata») und der für die Zukunft postulierten rechtlichen Ordnung («lex desiderata») zu differenzieren. Ganz allgemein vermisste ich gelegentlich einen (in der Schweiz ganz allgemein nicht stark verbreiteten) Sinn für Fragen des «rule of law», doch bin ich glücklich darüber, dass es mir immerhin gelang, zwei Bände mit Rechtsgutachten ausgezeichneten Juristen in die Publikationsreihe der Kommission einzubringen. Insgesamt gelangte die Bergier-Kommission – wenn auch unter dem überrissenen Titel «Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg» – zu einem beachtlichen, geläuterten «Schlussbericht», den ich mit Trug und der einen Markstein in der Schweizer Geschichte darstellt.

b) Mitglied des IKRK und der Rassismus-Kommission des Europarates

aa) Ein besonderes Glück bedeutete es für mich, dass ich 1991 zum Mitglied des *Internationalen Komitees vom Roten Kreuz* gewählt (d.h. vom Komitee kooptiert) wurde, dem ich noch heute anhöre.³⁶ Das Komitee bestehe, so antwortete mir meine «Vorgängerin» Prof. Denise Bindschedler-Robert auf meine Anfrage, aus einer Gruppe von humanitär gesinnten Schweizern, die – in Genf um einen grossen Tisch versammelt – bestrebt seien, Leiden von Kriegsopfern zu lindern und zu verhüten. Das IKRK sei wie keine andere Institution des internationalen Lebens auf das Recht gegründet, fand Jean Pictet, Meister des humanitären Völkerrechts, als ich ihn nach Antritt meiner neuen Funktion als Mitglied des Komitees in seinem Heim am Fusse des Mont Salève aufsuchte. «Vous croyez à l'idée du droit», rief er mir schon unter der Tür entgegen, dass nämlich mit den Mitteln des Rechts die Gewalt selbst des Krieges gezähmt werden könne. «Allez voir sur le terrain!» Und Pictet erzählte mir, wie er nach dem Zweiten Weltkrieg als junger Mitarbeiter des IKRK an dessen Präsidenten Max Huber herangetreten sei mit dem Vorschlag, eine Diplomatische Konferenz für die Erarbeitung einer neuen Konvention zum Schutze von zivilen Kriegsopfern vorzubereiten. Man müsse sich in Acht nehmen, nicht zu kühn («téméraire») zu sein, habe ihm Huber vorgehalten; es sei aber auch eine Gefahr, sich zu vorsichtig («prudent») zu verhalten, habe er – sich ein Herz fassend – entgegnet. Ich habe diese Episode gelegentlich meinen Studenten erzählt, um ihnen Mut zu machen, auch in jungem Alter und, ohne einen besonderen formalen Status zu besitzen, für als richtig erkannte Ideen zu kämpfen.

Das IKRK ist die Nachfolgeinstitution des 1873 auf Initiative von Henri Dunant gegründeten und aus der Genfer «Société d'utilité public» herausgewachsen, von General Henri Dufour präsidierten «Comité de Genève». Histo-

³⁶ Weshalb ich kooptiert wurde, bleibt im Dunkeln. Vielleicht hat mitunter eine Abhandlung über «Humanität und Neutralität» eine Rolle gespielt, die ich 1986 in der Festschrift für Hans Haug publizierte.

risch und institutionell phänomenal war, wie sich in der damaligen Welt souveräner Staaten, als «grande utopie» (Jean-Christophe Rufin), ein nach schweizerischem Privatrecht gegründeter Verein als Subjekt des Völkerrechts etablierte und im Grunde genommen viele Jahrzehnte vor Annahme der Allgemeinen Menschenrechtserklärung durch die UNO-Generalversammlung (1948) den Menschenrechtsgedanken vorwegnahm und entwickelte.

Das Komitee der max. 25 schweizerischen Mitglieder ist, juristisch gesehen, das IKRK, doch darf nicht übersehen werden, dass es heute nur dank und mit Hilfe der mehr als 1'000 engagierten Delegierten und mehr als 10'000 humanitären Mitarbeiter seine Hilfs- und Schutztätigkeit für Opfer von Kriegen und anderen Katastrophen weltumspannend effektiv entfalten kann. Das Komitee, dem – so darf man wohl sagen – nobel gesinnte, grosszügige Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens angehören, erscheint heute «de facto» als «Governing Board». War das Gründungsmitglied Dr. Louis Appia noch selbst, im Preussisch-Dänischen Krieg, an die Front in Schleswig-Holstein gezogen, um sich Verwundeten anzunehmen, so ist das IKRK seither ein grosses, von den Mitgliedern aus Distanz gesteuertes Unternehmen geworden, das immer mehr – in Struktur, Philosophie und Sprache – ähnlich wie andere humanitäre Organisationen funktioniert, aber doch darauf bedacht sein muss, insbesondere mit seinem «modus operandi» (Unabhängigkeit, Neutralität, Unparteilichkeit) seine Identität und seinen sowohl realitätsnahen wie idealistischen Charakter zu wahren.

Im Rahmen des IKRK durfte ich von 1996-1999 die «Commission juridique» präsidieren und ich bin Mitglied der «Commission de recrutement». Vor allem zur Präsidialzeit von Cornelio Sommaruga unternahm ich zahlreiche Missionen, die mich nach Osteuropa, Afrika und Asien führten. Höhepunkte waren für mich etwa die Teilnahme in Tadschikistan und Thailand an Evaluationskonferenzen im Rahmen der Anti-Personenminen-Konvention, eine Keynote Speech an einer gross angelegten, hochkarätigen Konferenz zur Entwicklung des humanitären Völkerrechts in Bangkok, zu der Prinzessin Maha Chakri Sirindhorn eingeladen hatte, eine Keynote Speech an einer Tagung der «Indian Society of International Law» in New Dehli (zusammen mit dem Präsidenten des Internationalen Strafgerichtshofes), Mitwirkung an einer Commonwealth Conference on International Humanitarian Law in Wellington, Neuseeland, und die Mitwirkung an einer hochrangigen Konferenz in St. Petersburg zum Gedenken an die Petersburger Konferenz von 1868 sowie Missionen in die Baltischen Staaten und nach Deutschland, nach Zimbabwe, Zambia, Sri Lanka und in die Philippinen.³⁷ Mit guten Erinnerungen denke ich an «Moot Courts» zum humanitären Völker-

³⁷ Nicht substanziell bedeutsam, sondern ein protokollarisches Detail ist, dass ich am Anlass des 150-Jahr Jubiläums im Juni 2014 zusammen mit einigen weiteren Komitee-Mitgliedern an einer Garden Party im Buckingham-Palast teilnehmen durfte, zu der das Königshaus eingeladen hatte. Königin, Prince of Wales und Princess Alexandra seien als «Her» bzw. «His Royal Highness» anzusprechen, hiess es in der Einla-

recht in Nachfolgestaaten der Sowjetunion, die ich in Moskau und Minsk präsidierten durfte. Die Methode des Spiels verschiedener Rollen (Berater, Delegierter, Ankläger, Richter usw.) und Wettbewerbsgeist vermochten die Teilnehmer in viel höherem Masse zu inspirieren als traditionelle Seminare mit ihren (oft monotonen) Vorträgen.

Das IKRK und die vielen Kontakte, die ich in Genf knüpfen konnte, haben mein Weltbild stark mitgeprägt. Einmalig und beeindruckend ist, wie hier Aktion und Doktrin, Terrain und Theorie stets und unmittelbar miteinander verknüpft sind. Auch war meine Zugehörigkeit zum IKRK immer ein guter Boden, auf dem wissenschaftliche Schriften gedeihen konnten; ich denke dabei nicht zuletzt an meine (bereits erwähnten) Haager Vorlesungen über «International Humanitarian Law – Theory and Context». Prägend waren für mich über all die Jahre vor allem auch die Gestalten der Präsidenten, die ich erlebte: des ethisch-kommunikativen Cornelio Sommaruga, des asketischen, analytisch präzise denkenden Jakob Kellenberger, mit dem ich schon von der Offiziersschule her befreundet war, und des imaginativen Peter Maurer mit seiner besonderen Fähigkeit zuzuhören und im Team zu führen. Nicht ausdrücklich betont zu werden braucht, dass sich durch die Zugehörigkeit zum IKRK Genf – die kleine Rhonestadt, die so weit in die Welt ausgestrahlt hat³⁸ – für mich zu einer weiteren, schweizerischen Heimat verfestigt hat.

bb) Seit 2004 gehöre ich, als Repräsentant der Schweiz, auch der *Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz* des Europarates an. Strassburg hat verschiedene Gesichter. Als Flaggschiff des Europarates gilt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Seine Pionierleistungen waren vor allem in den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts und sind noch heute in den Transitionsländern bedeutsam. Sie stellen eine besondere Errungenschaft der europäischen Rechtskultur dar. Dennoch fragt sich heute, ob die Menschenrechte – vor allem die in Rechtskatalogen kodifizierten und in Rechtspraktiken konsolidierten sog. «liberalen» oder «negativen» Menschenrechte – im modernen Umfeld und für die Zukunft wirklich den Wert der Werte darstellen. Zu Recht bemerkt Martti Koskeniemi, das Augenmerk auf öffentliche Güter und Bürgertugenden richtend: «(...)the liberal principle of the 'priority of the right over the good' results in a colonisation of political culture by a technocratic language that leaves no room for the articulation or

dung des British Red Cross; sollte man die Formel vergessen haben «or if you do not feel comfortable with it,» just greet the person with a happy smile», hiess es weiter.

³⁸ Vgl. Victor Monnier, L'entrée de la Suisse dans la Société des Nations et la désignation de Genève comme siège de cette organisation internationale, dans: François Bellanger et Jacques de Werra, Genève au confluent du droit interne et du droit international – Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012, Genève/Zürich 2012, p. 127 ss.; zu Entwicklung, Aufgabe und Struktur des IKRK vgl. François Bugnion, The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims, 2nd ed. Geneva, International Committee of the Red Cross, 2002.

realisation of conceptions of the good.» Und er fährt fort: «The priority of the right over the good leaves little room for political value; citizenship is reduced to private reliance on right. Civic virtues, public-mindedness and political participation become a profession that seems indissociable from the advancement of private interests, and object of contempt, and source of popular cynicism.»³⁹

Jedenfalls ist beachtlich, dass im Rahmen des Europarates auch eine Reihe von Monitoring Bodies bestehen, die nicht gerichtsförmig, reaktiv und mit grosser Verzögerung, sondern politisch-diplomatisch funktionieren, und nicht nur die «dark side of the moon» darstellen, sondern ebenbürtiger Teil des Ganzen sind. Hierzu gehört die «Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz», in der ich seit 2004 die Schweiz repräsentiere. EKRI verabschiedet an ihren Plenarversammlungen Resolutionen, führt Länderbesuche durch und arbeitet mit der «civil society» zusammen. Die Kommission verkörpert die Idee, dass moderne Demokratien auch dem internationalen Diskurs unterstehen. Es gibt keinen anderen «Mechanismus» (um diesen hässlichen Ausdruck zu verwenden) zum Schutz der Menschenrechte, welcher auf eine so ausgeprägte Weise «parlamentarisch» arbeitet, und er sollte – wie ich meine – in seiner Einmaligkeit ernster und bei der Erarbeitung neuer Institutionen zum Schutz der Menschenrechte als Modell und Vorbild genommen werden. Für EKRI unternahm ich mitunter je einwöchige Missionen nach Dänemark, Monaco, Georgien, Slowenien und Polen. Ich gehöre dem Vorstand («Bureau») der Kommission an. Das EKRI-Mandat kommt meiner persönlichen Disposition entgegen, denn ich kann es neben meiner übrigen Berufstätigkeit wahrnehmen.⁴⁰ EKRI mit seinem Ideal von Rassismusbekämpfung und Toleranz und seinem Netzwerk von kolligialen und freundschaftlichen Beziehungen über den ganzen Kontinent hinaus verkörpert für mich Europa aufs Schönste, und ich frage mich bei jeder Rückkehr in die Schweiz von Sitzungen in Strassburg oder Paris oder von einer Mission, wie man überhaupt auf den Gedanken verfallen kann, angsterfüllt Schreckgespenster von «fremden» Funktionären an die Wand zu malen.

³⁹ Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Oxford and Portland, Oregon 2011, S. 133, 137.

⁴⁰ Ausgeschlossen wäre für mich etwa die vollamtliche Zugehörigkeit zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewesen, doch habe ich es angestrebt und wusste es zu schätzen, dass mein Name für den Fall eines Ausstands des «Schweizer» Mitglieds des Gerichtshofs auf eine Liste möglicher Ad hoc-Richter gesetzt wurde. Gegenwärtig (d.h. Ende 2014 und anfangs 2015) bin ich als «Consultant» des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements in einem vor der Grossen Kammer des Gerichtshofs hängigen Verfahren tätig. Seit vielen Jahren bin ich übrigens Mitglied der «Cour Permanente d'Arbitrage» in Den Haag.

c) *Experten-Netzwerke und Arbeit für die OSZE*

Viele Professoren sind auch als Gutachter tätig. Rechtsgutachten bildeten, neben der Judikatur, immer wieder eine wichtige Formkraft der Rechtsentwicklung. Ich gehörte in der Schweiz nicht zu den eifrigsten (und jedenfalls nicht gewinnsuchenden) Gutachtern, habe mich aber doch immer wieder in dieser Funktion und als Experte in verschiedenen Gremien betätigt. Zu nennen sind etwa meine Mitgliedschaft in der Expertenkommission des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements über «Demokratie und Völkerrecht» im Rahmen der Arbeiten zu einer Totalrevision der Bundesverfassung (1993)⁴¹ oder Beratungen der Kommissionen zur Erarbeitung einer neuen Verfassung für die Kantone Appenzell Ausserrhoden und Zürich oder – im Auftrag des Kantons Graubünden – zur Reichweite des sprachenrechtlichen Territorialprinzips. Aus solchen Arbeiten kristallisierten sich häufig neue wissenschaftliche Interessensgebiete heraus und es entstanden neue Publikationen. Für das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten verfasste ich 2005 ein Gutachten über Entwicklungsmöglichkeiten des europäischen Verfassungsrechts, und 2011 erhielt ich – wie gesagt – vom Bundesrat den Auftrag, Optionen für eine institutionelle Abstützung der bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Union zu erarbeiten, was ich, zusammen mit Prof. Thomas Burri, an die Hand nahm; obwohl Analysen und Modelle «sine ira et studio», d.h. nach den Regeln der wissenschaftlichen Kunst, erstellt und in einfacher Sprache präsentiert wurden, witterte Nationalrat Christoph Blocher dahinter ein Werk der Verschwörung und er bezichtigte mich im Januar 2012 vor scharenweise aufmarschierter Anhängerschaft im Albisgüetli nach zehnminütiger «Begründung» der Verwicklung in einen Landesverrat (bzw. der Beteiligung am Landesverrat durch den Bundesrat und Funktionäre) – oder hatte er vielleicht Hochverrat gemeint?⁴²

Als Experte für die Beratung einer neuen Verfassung reiste ich zusammen mit meinem Fakultätskollegen Prof. Andreas Auer 2012 auch nach Südsudan, der – als jüngster Staat der Welt – unmittelbar vor der Aufnahme in die Vereinten Nationen stand. Nach durchaus ergiebigen, professionellen Verhandlungen in der «Constitutional Assembly» wurde, als Zeichen der Dankbarkeit,

⁴¹ Die Expertengespräche kreisten lange um den schematischen Textvorschlag «Bundesrecht bricht kantonales Recht; Völkerrecht bricht Landesrecht». Von meinem Anliegen, völkerrechtliche Normen nach Massgabe ihres Gewichts in die Normenhierarchie einzubauen, wurde erst Notiz genommen, nachdem ich zu einer Veröffentlichung in der Neuen Zürcher Zeitung Zuflucht genommen hatte (NZZ vom 11. Januar 1995, S. 15).

⁴² War nicht seinerzeit Brigadier Jean-Louis Jeanmaire wegen Landesverrats zu einer längeren Gefängnisstrafe verurteilt worden? – Im Sommer 2014 wiederholte Blocher an einer Manifestation im Wägital seine Vorwürfe, ohne dass der frühere Justizminister allerdings die Beschuldigung wegen Landesverrats aufs Neue aussprach.

im Verhandlungszelt eine riesige Torte mit der Inschrift «Constitutional Cake» aufgetischt; jeder Zeitungsleser weiss heute aber, dass dies nicht bedeutete, dass draussen in Juba oder auf dem Lande ein System von «checks and balances» und Freiheit der Bürger, Demokratie und Föderalismus eingeführt werden sollte, worüber in unseren Beratungen freilich durchaus fachkundig diskutiert worden war.

Einen verfassungspolitischen Charakter hatten auch zwei Vorstösse zur Schaffung eines Toleranzgebotes. Auf nationaler Ebene erarbeiteten mein Kollege und Freund Jörg Paul Müller (Universität Bern) und ich den Entwurf für eine ausformulierte und kommentierte Bestimmung der Bundesverfassung, die den von Volk und Ständen angenommenen Minarettartikel ersetzen sollte. Auf internationaler Ebene schufen Yoram Dinstein (Tel Aviv), Rüdiger Wolfrum (Heidelberg), Rein Muellerson (Tallin), Ugo Genesio (Rom) und ich ein Modellgesetz über Toleranz, das wir den Staaten zur Aufnahme in ihre Gesetzgebung empfahlen.

Lehrreich war für mich auch die Mitarbeit in einer multidisziplinären Arbeitsgruppe unter Leitung von Staatssekretär (heute ETH-Professor) Michael Ambühl zu Fragen der Weiterverbreitung und des Einsatzes von Nuklearwaffen, aus der in der Folge eine Inauguralrede an der «Académie de droit international humanitaire» in Genf, eine Gastvorlesung an der Universität Posen (Polen) und verschiedene Schriften entstanden. Die Schweiz sollte auf diesem Gebiet, wie ich meine, vermehrt aktiv werden.

Auch für internationale Organe wie etwa den High Commissioner for Human Rights der UNO oder für ausländische Behörden wie den Deutschen Bundestag oder das polnische Parlament war ich als Experte tätig.

Im Rahmen des Departements für auswärtige Angelegenheiten war ich auch viele Jahre lang Mitglied der sog. Zulassungskommission, die für die Auswahl zukünftiger Diplomaten verantwortlich war. Die Arbeit war zeitlich aufwendig, doch mir gefiel die Prozedur, wonach eine Gruppe von Mitgliedern des Parlaments und der Verwaltung sowie Repräsentanten der sog. Zivilgesellschaft, wie der Universitäten oder der Wirtschaft, die Listen der Kandidaten erarbeitete, die dann dem Departementschef unterbreitet wurden. Die Auswahl erfolgte grundsätzlich unter Wahrung der Chancengleichheit aller Kandidaten nach sachlichen Kriterien, sodass die Schweiz – wie ich meine – nach Aussen durch zuverlässige, tüchtige Diplomaten vertreten ist.

In die Rolle eines Experten glitt ich auch in meiner militärischen Funktion. Nachdem ich für insgesamt weit mehr als 600 Tage bei der Truppe und dann – im Rang eines Hauptmanns – als Untersuchungsrichter tätig war, wechselte ich 1991-1996 zur Strategieguppe des Generalstabschefs, die da-

mals unter der Leitung meines Kollegen und Freundes Oberst René Rhinow stand.

Der wohl grössere Teil meiner Expertentätigkeit spielte sich auf der internationalen Ebene ab, vor allem im Rahmen der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE). Es handelt sich bei der OSZE um eine lose, gesamteuropäische Gruppierung von Staaten (unter Einschluss der Vereinigten Staaten und Kanadas), die auch eine sog. «menschliche Dimension» umfasst. Die OSZE ist nicht mit mächtigen, durchschlagskräftigen Institutionen ausgestattet, verfügt jedoch über ein oft übersehenes, in Wirklichkeit aber beträchtliches Mass an «soft power». Im Auftrag der OSZE beteiligte ich mich an Missionen in verschiedene Länder Mitteleuropas, so etwa – kurz nach der Dismembration – nach Tschechien und in die Slowakei. Gespräche mit den Staatspräsidenten Vaclav Havel und Vladimir Meciar, aber auch mit Ministern und Vertretern der «civil society» etwa über «Säuberungsaktionen» im Beamtenapparat nach dem Umbruch oder über Rechtsstreitigkeiten rund um einen, in einem Streitverfahren zwischen der Slowakei und Ungarn stehenden Staudamm an der Donau bleiben in meiner Erinnerung. Gerade das mehr als einstündige Gespräch mit Havel, den ich immer als den vielleicht grössten Staatsmann Europas seit Churchill bewunderte, bedeutete mir sehr viel. Es war dies eine «Causerie» über Geist und Tradition, Kultur und «Mitteleuropa», über der die Wolken des Rauchs von Zigaretten hingen, die Havel ohne Unterbruch rauchte.

Als besonders interessant empfand ich im Rahmen meiner OSZE-Tätigkeit etwa ein einwöchiges Expertentreffen in einem alten, fast geisterhaft wirkenden ehemaligen Sanatorium in einem Wald in der Nähe von Kiew, wo unter Leitung des amerikanischen Diplomaten Christopher Hill Möglichkeiten einer zukünftigen Verfassung für Moldau erörtert wurden. Es galt Formeln zu entwickeln, die – politisch-psychologisch für alle Beteiligten akzeptierbar – eine Lösung bzw. Übergangsprinzipien in der Transnistrienfrage gestatten. Das Gremium der ca. 20 Experten wurde in eine russisch- und eine englischsprechende Gruppe aufgeteilt; die Spielregeln sahen vor, dass gewisse Wörter wie «Föderalismus», «Föderation», «Konföderation», «Souveränität» usw. über die ganze Woche nicht verwendet werden durften. Beide Gruppen erarbeiteten in der ersten Wochenhälfte je einen Verfassungsentwurf, der dann in der anderen Gruppe debattiert wurde, worauf sich alle zusammen an die Erarbeitung einer Synthese machten. Utopische Arbeit? Gewiss! Aber ist es nicht so, dass auch Utopien – zumindest «realistische Utopien» – eines Tages plötzlich Wirklichkeit werden können? Noch aber schlummern die Ergebnisse des interessantesten Expertengesprächs, an dem ich teilnahm, wohl in den Archiven der OSZE in Wien.

In Wien, nämlich in der Hofburg, hatte ich auch Überlegungen über die Rechtsnatur der OSZE und, vor zwei Jahren, über einen meiner Meinung nach effektiveren und zeitgemässeren Minderheitenschutz präsentiert. Seit 2007 bin ich Mitglied des OSZE Schieds- und Vergleichsgerichtshofs und

seit 2013 gehöre ich dessen «Bureau» an. Bedauerlich ist, dass der Gerichtshof bis jetzt noch keinen Fall hat an Bord ziehen können.

Unter den Begriff der Expertentätigkeit fallen wohl auch, in einem weiteren Sinne verstanden, die Mitwirkung in Aufsichtsgremien wissenschaftlicher Institute (wie des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg oder des Walther Schücking-Instituts in Kiel bzw. Herausgebertätigkeiten (z.B. bei der Encyclopedia of Public International Law, des Archivs für Völkerrecht (Tübingen), der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, der Schweizerischen Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht oder der polnischen Zeitschrift *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* bzw. die Mitwirkung in Preisgerichten (Präsident der Jury für die Zuerkennung des Völkerrechtspreises im Rahmen der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht sowie der Jurys für den Paul Guggenheim-Preis und den Prix Paul Reuter).

Rückblickend bin ich froh, nie in einer Grossorganisation mit aufreißenden Sitzungen tätig gewesen zu sein. Ich hatte seinerzeit, unmittelbar nach Abschluss der Doktorarbeit, von Bundesrat Kurt Furgler die Stelle als Leiter der Sektion für Europarecht im Eidg. Justiz- und Polizeidepartement und später, von Bundesrätin Elisabeth Kopp, diejenige als Chef des Bundesamtes für Justiz angeboten erhalten. Beide Offerten hatte ich abgelehnt: erstere, weil ich wieder ins Ausland ziehen wollte, und letztere mit Rücksicht auf meine Familie und weil ich meine Professur in Zürich nicht aufs Spiel setzen wollte. Auch eine permanente Funktion bei einer internationalen Organisation wie der UNO oder dem Europarat oder bei einem grossen Gericht hätten mich letztlich nicht angezogen, da auch diese Gremien zu bürokratischen Räderwerken geworden sind mit den für sie typischen Gefahren der Abkoppelung von den Realitäten des alltäglichen Lebens, der Entfremdung von den Menschen und der sich aus solcher Isolation oft ergebenden Selbstüberschätzung.⁴³ Ich wollte stets mit einem Fuss in der Praxis und mit dem anderen in der Theorie stehen. Ich bin froh, dass mir – ausgehend von meiner Stammaufgabe an der Universität und immer wieder zu ihr zurückkehrend – so viele Chancen zugefallen sind, ausserhalb der Welt der Apparate eigenständige Ziele zu verfolgen, die mir sinnvoll erschienen. Ich betrachtete es als Glück und Privileg, in einem freien Beruf – heute als Konsulent einer gediegenen Zürcher Anwaltskanzlei – ein selbst verantwortetes Leben gestalten zu dürfen.

⁴³ Ich halte es mit Alan Dershowitz, der schrieb: «I would enjoy the prestige of being a dean, a president or perhaps a judge, but I would hate the day-to-day aspects of the job.» In: *Letters to a young lawyer*, New York 2001, S. 22.

7. «Civil society» als fruchtbarer Boden

Die Schweiz ist kein Staat wie andere. Jedenfalls kein Staat, wie er (wirklichkeitsfremd) lehrbuchmässig definiert ist: ausgezeichnet vorab durch seine Macht («Gewaltmonopol»), die von der Spitze nach unten fliesst, gesteuert und gehandhabt durch einen hierarchisch strukturierten Apparat zur Umsetzung seines fernab vom Volk verankerten Willens. Nein, der Test der Staatlichkeit, sein Gelingen liegt in der Schweiz in den (scheinbar anarchischen, systemlosen) Prozessen der Konsensfindung unter einer Vielzahl verschieden gearteter, polykratischer Akteure, nicht in der Durchsetzungskraft wie immer gearteter machtvoller Behörden. In der Schwäche der (nicht-zentralisierten) Staatsstruktur liegt vielleicht die Stärke der Schweiz. Es ist nicht erstaunlich, dass sich im Lande kaum Denkmäler von Feldherren oder Staatsmännern finden. Typisch ist eher das Pestalozzi-Denkmal auf dem Stadt- und Marktplatz in Yverdon, das die Bürger der Stadt laut einer Inschrift zum Gedenken an den «Freund der Menschheit» errichteten und selber finanzierten. Das Geheimnis der Schweiz liegt wohl im Politik, Kultur und Wirtschaft durchdringenden Gedanken der «civil society» (oder «civic society»). Ich verwende diesen in der schottischen Aufklärung emporgekommenen und dann in Mitteleuropa gegen die Machtherrschaft der Sowjetunion polemisch verwendeten Begriff, obwohl er mir nicht gefällt. Ich finde aber keinen besseren: «genossenschaftlich» tönt zu antiquiert, «Milizwesen» zu militärisch, «Bürgergesellschaft» zu deutsch. Ich erlebte die aus der Gesellschaft heraus erwachsene, spontane partizipative Kraft, seitdem ich seinerzeit etwa mit (z.T. viel höher gestellten) Mitgliedern der appenzellischen Offiziersgesellschaft und im Rahmen der «Staatsbürgerlichen Gesellschaft beider Appenzel» diskutierend von Hügel zu Hügel und von Wirtschaft zu Wirtschaft gewandert war oder später – am Fusse des Säntis – im Rahmen des Verfassungsrates Grundfragen eines neuen, total zu revidierenden Ausserrhodischen Grundgesetzes erörterte. Ich erwähne nachfolgend nur einige Erscheinungsformen der «civil society», wie sie sich halt in meinem Tätigkeitsbereich mehr oder weniger zufällig spiegelten.

a) *Internationale Juristenkommission (ICJ)*

Es handelt sich hier um eine der angesehensten, professionell weltweit auf einem hohen Niveau arbeitenden NGOs. Ihre Ziele sind der Schutz von «Rule of Law», Menschenrechten sowie vor allem Unabhängigkeit und prozessuale Fairness der Justiz. Die ICJ setzt sich aus einer kleinen Anzahl bedeutender Juristen aus einer Vielzahl von Ländern und Berufszweigen zusammen, wobei kein Land durch mehr als ein Mitglied vertreten sein soll. Als Unterbau dienen der Kommission nationale Sektionen und Einzelmitglieder. Es ist wohl kein Zufall, dass die Internationale Juristenkommission in Genf ihren

Sitz hat: Stadt (und Republik), die sich seit der Reformation, der Aufklärung und der Eingliederung in den Bundesstaat so oft als besonders fruchtbarer Boden für die Entfaltung zivilgesellschaftlicher Initiativen erwiesen hatte. Es ist erstaunlich, dass es gerade in der Schweiz, im Gegensatz zu vielen anderen Staaten, für lange Zeit keine nationale Sektion gab. Auf diese Lücke machte mich Dr. Katharina Sameli, Rechtsanwältin in Zürich, aufmerksam, die Einzelmitglied war. In der Folge schufen wir eine schweizerische Sektion, die 1991 an einer Gründungsversammlung im Hotel Bellevue in Bern formell ins Leben gerufen wurde. Josephe Voyame hielt ein eindrückliches Referat zum Folterverbot und ICJ-Generalsekretär Adama Dieng sprach die – nicht unbegründete – Erwartung aus, dass hier wohl ein Verein mit einem besonders hohen Potenzial von Aktivitäten in Entstehung begriffen sei. Dem ersten Vorstand, den ich präsiidierte, gehörten mehrheitlich praktizierende Juristen aus der Romandie an. Wir arbeiteten freundschaftlich und mit Elan zusammen. Unsere erste Veranstaltung galt der Ausbildung von Richtern in den eben neu entstandenen baltischen Staaten, und es folgte eine (transdisziplinäre) Veranstaltung über «Médecine en prison», die zunächst im Kantonsspital Genf und dann, in gleicher Zusammensetzung, in der Polizeikaserne Zürich durchgeführt wurde. 1994 wurde ich zum Mitglied der ICJ («Commissioner») gewählt und für einige Jahre gehörte ich deren «Executive Committee» an. Hier begegnete ich vielen bedeutsamen Juristen, von denen mich etwa die Präsidentin von Irland Mary Robinson, der australische Richter Michael D. Kirby und der Präsident des südafrikanischen Supreme Court Arthur Chaskalson besonders beeindruckten.

b) Europainstitut Zürich

Die Universität Zürich war, als ich Professor wurde, eine unselbständige Anstalt des Kantons und in diesem Sinn und Geist geführt. An der Spitze stand ein Mitglied des Regierungsrates, der Erziehungsdirektor. Er behandelte die Universität in mancher Hinsicht nach seinem Gusto und kümmerte sich selbst um viele Details. Er war davon überzeugt, dass die Universität Zürich die beste im Lande sei und es nicht nötig habe, mit andern kooperative Netze aufzubauen. Aufnahme und Pflege von auswärtigen Kontakten lagen nicht in seinem Weltbild. Es klaffte aber im Curriculum unserer Juristenausbildung eine empfindliche Lücke: die Fakultät verfügte über keinen eigentlichen Lehrstuhl für Europarecht. Dabei befand sich die Schweiz mitten in der Aushandlung eines EWR-Abkommens, und weitere Schritte der Zuwendung zu Europa standen bevor. Auf das Unverständnis des Kantons reagierten wir nicht mit Unterwerfung oder mit Ungehorsam («civil disobedience»), sondern mit einer eignen, spontanen und konstruktiven Initiative, eben im Geiste der «civil society». Meine Kollegen und Freunde Walter R. Schluep und Roger Zäch, beide von der flexibler funktionierenden Universität St. Gallen stam-

mend, Rolf H. Weber und ich taten sich mit Vertretern des «Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte» zusammen und gründeten kurzerhand, in der Form eines Vereins nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, das «Europa Institut Zürich» (heute «Europa Institut an der Universität Zürich»). Unvergesslich bleibt die Gründungsfeier in der voll besetzten Aula der Universität, zu der – in der Frontreihe Platz nehmend – nunmehr der Regierungsrat «in corpore» gekommen war. Regierungspräsidentin Hedi Lang und der bereits erwähnte, uns wohl gesinnte Pierre Pescatore, Mitglied des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, waren die Hauptredner. Es herrschte Aufbruchstimmung.⁴⁴ Das Institut entwickelte in der Folge eine unvergleichliche Eigendynamik, weit über das Europarecht hinaus. Eine Defizitgarantie, die uns der Regierungsrat besorgte und misstrauisch auf die Seite legte, blieb bis heute unberührt. Für mich ist die Erfolgsstory, die das EIZ mit seinen verschiedenen Leitungs- und Beratungsorganen und einem kleinen Personalbestand unter der (geschäftsführenden) Direktion von Prof. Andreas Kellerhals darstellt, ein Paradebeispiel dafür, wie mit Gestaltungswille, kreativem organisatorischem «engineering» und einer guten Dosis Idealismus aber, mit wenigen Mitteln auch ohne Integration in die staatliche Bürokratie ein «added value» geschaffen werden kann. Jedenfalls bestreitet heute kaum jemand, dass das Europainstitut – zunächst schäbig in einem Abbruchhaus und heute in einem alten Bürgerhaus (dem Geburtshaus von Alfred Escher am Hirschengraben) untergebracht – das Erscheinungsbild der Universität Zürich wissenschaftlich und politisch erheblich geprägt, ja umgestaltet hat. Im Zentrum stehen dabei etwa die Churchill-Symposien, die ich 1996 im Zusammenarbeit mit der britischen Botschaft in die Wege leitete und die Jahr für Jahr bedeutende Exponenten des staatlichen, europäischen und internationalen Lebens im Zunfthaus zur Meisen zusammen führten. Seit 2013 trifft sich im Rahmen des Europa Instituts regelmässig eine aus führenden Köpfen zusammengesetzte sog. Europagruppe zu Debatten über aktuelle Fragen der schweizerischen Europapolitik.

c) *Pro Monstein*

Monstein, ein altes Walserdorf, ist eine Fraktionsgemeinde von Davos. Unsere Familie ist mit Monstein eng verbunden, seitdem mein Grossvater, der mit einer Landammannstochter von Filisur verheiratet war, hier zu Beginn des 20. Jahrhunderts als Pfarrer tätig war und an der Dorfschule das Skifahren einführte. Am 1. Januar 1999 wurde in der alten Dorfkirche in einer würdigen Feier der Verein «Pro Monstein» gegründet. Ich wurde sein Präsident und

⁴⁴ Vgl. Markus Notter, 20 Jahre Europa Institut an der Universität Zürich, in: Andreas Heinemann, Tobias Jaag, Andreas Kellerhals und Rolf H. Weber (Hrsg.) 20 Jahre Europa Institut an der Universität Zürich, Zürich 2012, S. 47 ff.

versuchte, an der Gründungsversammlung dessen «raison d'être» zu charakterisieren als den «wenn auch noch so kleinräumigen Versuch, in unserer nach Individualisierung drängenden Welt ein kleines Netzwerk aufzubauen, das auf drei für Staat und Kultur zentralen Gedanken beruht: Solidarität und Gemeinnützigkeit; Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit; Ambition nach Qualität bei allem, was wir unternehmen».⁴⁵

Ständerätin Vreni Spörri sprach anlässlich der Gründung vom Verein «Pro Monstein» als einem Symbol von Offenheit und Aufgeschlossenheit; in einer Zeit der Globalisierung spiele der kleine Kreis eine grosse Rolle, meinte sie. Im nächsten Jahr rief a.Bundesrat Rudolf Friedrich den um das 1. August-Feuer versammelten Mitbürgern nach Absingen des Beresinalieds den Geist des Umbruchs in den Jahren 1798 und 1848 ins Gewissen und warnte die Schweiz davor, sich abzuschotten und geistig in die Vergangenheit zurückzuziehen. Zum Neuen Jahr 2003 sagte a. Bundesrat Leon Schlumpf in einer Ansprache in der alten Kirche, es sei sein »Anliegen und Wunsch für unsere Berggebiete«, dass «Pro Monstein» «als Modell Nachahmung findet». A. Ständerat Carlo Schmid und Dr. Conrad Perner, Ehrenbürger des neu entstandenen Staates Südsudan, gehörten zu den späteren Rednern. Konzerte und Ausstellungen und das jeden Sommer pulsierende Dorffest mit Hunderten von Besuchern – auch das «Fest» gehört, wie Jean-Jacques Rousseau schrieb, zur Demokratie – sind Teil des Programms von «Pro Monstein» geworden. «Pro Monstein» bietet vielen Talenten die Chance, sich darzustellen.

Kollegen aus dem Ausland fragten mich erstaunt, weshalb ich meine Zeit mit Einsatz «auf dem Dorf» vertue, worauf ich antwortete, dass gerade in einem üppigen, engagierten Vereinswesen letztlich die Haltekraft der Demokratie beruhe. Gesellschaftliche Traditionen und Energien bergen – wie Pierre Bourdieu gesagt hätte, «social capital». Pro Monstein war für mich immer auch eine Idee⁴⁶, eine Art Experiment, die ich schon früher in einem israelischen Kibbutz erlebte und von der seinerzeit der visionäre und brillante Prof. Roberto Unger, angewandt auf Korporationen in Brasilien, an der Harvard Law School lehrte.

⁴⁵ Zu Idee und Konzept des Vereins vgl. Daniel Thürer, Ein erfolgreiches Experiment auf kleinem Raum: «pro Monstein» – ein Porträt, in: Davoser Revue 88/2, 2013, S. 28 ff.

⁴⁶ Zur «Idee» Monstein gehört auch etwa die folgende Episode: Ich traf eines Tages auf der Dorfstrasse meinen über Alles geschätzten Zürcher Fakultätskollegen Cyril Hegnauer, der in Monstein ebenfalls ein Haus besitzt und der eben aus dem Wald eine Fuhr Holz für seinen Kachelofen anschleppte. Ich erzählte ihm von meinem Vorhaben, für die neue Zürcher Kantonsverfassung eine Präambel zu entwerfen. Mein Vorschlag schien dem Privatrechtler zu wortreich, und er steuerte zuhänden des Verfassungsrates eine eigene Variante bei, «die sich aus einem Feriengespräch (ergab), das wir im Bündnerland führten». Vgl. Daniel Thürer, Zürichs neue Verfassung: Wünschbarer Rahmen und Vorschläge für eine Präambel, in: ders., Kosmopolitisches Staatsrecht, Zürich/Berlin 2005, S. 279, 298 ff.

d) *Convivenza*

Am 11. Mai 2006 wurde unter diesem (rätoromanischen) Namen im Kanton Graubünden ein internationales Zentrum für Minderheiten geschaffen. An einem Treffen hervorragender Experten des internationalen Minderheitenschutzes aus sechs europäischen Ländern und des UNO-Hochkommissariats für Menschenrechte wie auch des OSZE-Hochkommissariats für Minderheiten der OSZE wurden wissenschaftliche Grundlagen für die Errichtung eines Forums geschaffen, auf dem Angehörige von Minderheiten als die eigentlichen «stakeholders» selber und zusammen mit Fachleuten auftreten und über ihre Sorgen reflektieren können. Ein «Code of Conduct» für die geplanten Deliberationen wurde verabschiedet.⁴⁷ Noch im Jahre der Gründung fand in Disentis eine Zusammenkunft mit etwa 30, auf der ganzen Welt zerstreuten Angehörigen der Volksgruppe der Aromunen statt, die zusammen mit meinem Freund Prof. Lauri Hannikainen, einem Sami-Spezialisten aus Finnland, und mit Experten des Europarates praktische Massnahmen zum Schutz dieses alten Balkanvolkes diskutierten, und es fand – unter Mitwirkung der schweizerischen Aussenministerin Micheline Calmy-Rey – in Laax (Kanton Graubünden) eine Veranstaltung mit Kommunalbeamten aus dem Kosovo statt. Es folgten weitere Veranstaltungen und Seminare, die Convivenza z.T. zusammen mit dem Institut EURAC, der Europa-Akademie aus Bozen/Bolzano, durchführte. Ich hatte seinerzeit Idee und Konzept der Stiftung entwickelt und bin, zusammen mit dem Engadiner Theologen Romedi Arquint, deren Vizepräsident. Das Zentrum wurde (bzw. wird) von den ehemaligen Diplomaten Johann Bucher und in der Folge Anton Thalmann präsiert. Convivenza ist ein wissenschaftlich-praktisches Unikum – gekennzeichnet durch das Leitbild des Wirkens in der Schweiz von «innen nach aussen» und «von unten nach oben». Die Stiftung ist wiederum eine neuartige und erfolgversprechende Manifestation des Gedankens der Zivilgesellschaft.

e) *International Association of the Judicial Independence and World Peace*

Es handelt sich hier um eine Vereinigung von Juristen aus der ganzen Welt, die um die Person von Prof. Shimon Shetreet (Hebrew University, Jerusalem) kreist und sich in Form regelmässig rund um die Welt stattfindender Kongresse und bedeutender Publikationen für die Erhaltung und Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit und die Fairness gerichtlicher Prozesse einsetzt. Ich war Gründungspräsident der Gruppierung als Verein und bin heute dessen Vizepräsident.

⁴⁷ Näheres bei Daniel Thürer/Zdzislaw Kedzia (eds.), *Managing Diversity – Protection of Minorities in International Law*, Zürich 2009, insbes. S. 233 ff.

Hier wurden nur einige Beispiele des Wirkens in der sog. civil society angeführt. Weitere könnten genannt werden: so etwa das Schweizerische Institut für Auslandsforschung, dessen Leitungsorganen ich angehöre, oder das Liberale Institut Zürich, das ich für mehrere Jahre präsidierte, dann aber – als es vom staatspolitischen Liberalismus zusehends in eine libertäre Marktdoktrin abdriftete – verliess, oder die Fondation Jean Monnet pour l'Europe, dessen «Conseil de la Fondation» ich angehöre. Immer blieb der für die Schweiz vielleicht typische Hauptgedanke sichtbar, dass ein Professor sich auch praktisch engagieren soll und Politik gestalten kann. Die Neue Helvetische Gesellschaft (insbesondere die «Stapferhaus-Kommission» in Lenzburg), die Schweizerische Gesellschaft für Aussenpolitik, die von a.Botschafterin Dr. Marianne von Grünigen mit grossem Engagement geleitete «Helsinkivereinigung» oder etwa die Gesellschaft «Schweiz-Bosnien» bildeten weiter Pflanzstätten. Das Feld ist weit offen. Aus der Theorie und aus dem Engagement gewonnene Einsichten machen Sinn und auch Spass. Hatte nicht Platon in seinem Dialog «Nomoi» (Gesetze) gesagt, dass der gute Staat letztlich neben der «Freiheit» und der «Einsicht» auf der «Freundschaft» der Bürger beruht.⁴⁸

8. Familie als Halt

In meinem Leben waren Beruf und Familie eng verflochten. Meine Frau Susi hatte ich am Institut für Völkerrecht in Zürich kennengelernt, also im Haus zum Rechberg. Obwohl ich meine Blicke eher über die Grenzen hinaus richtete, verliebte ich mich gleich in die damalige Hilfsassistentin aus Luzern. Wir heirateten in Monstein am 2. Juli 1977. Susi wurde, was schon lange ihr Traum war, nach ihrem Lizentiat Jugendanwältin und später Ersatzrichterin an den Bezirksgerichten Zürich und Dietikon und ist in der Leitung verschiedener gemeinnütziger Organisationen engagiert. Susi war auch Vizepräsidentin unserer Kirchgemeinde. Mit ihrer Freundin Eva Scholl verfasste sie zwei engagierte Bücher über die Rolle der Frau und der Familie⁴⁹ und gründete sie den «Club of Zürich», in dem regelmässig in gediegenem Kreis in einem Raum des Turmrestaurants der Universität Zürich aktuelle Themen – zum Beispiel zurzeit über «Religion und Selbstverantwortung» – diskutiert werden. Susi liebt es, verschieden geartete Aufgaben miteinander zu verbinden, und sie liebt den unmittelbaren Kontakt mit Menschen, wer immer sie sind und woher immer sie kommen. Sie hat meine Tätigkeiten, von denen auf diesen Seiten die Rede war, in hohem Masse ermöglicht, mit-inspiriert und

⁴⁸ Vgl. Klaus Schöpsdau, Ursprung und Verfall von Staaten, in: Christoph Horn (Hrsg.), Platon, Gesetze-Nomoi, Berlin 2013, S. 67 ff.

⁴⁹ Eva Scholl und Susi Thürer-Reber, Im Gegenwind – Frau und Karriere, Bern 2007; Eva Scholl und Susi Thürer, Im Gleichgewicht – Life-Balance oder der Umgang mit Mehrfachrollen, Bern 2008.

mit-getragen, wofür ich ihr von Herzen dankbar bin. Auch bewahrt sie ihren Mann vor jeglicher – wenn auch noch so geringer – Gefahr, mental «abzuheben». Unsere Töchter Anne-Käthi (geb. 1984) und Fränzi (geb. 1987) hatten nicht «Jus», sondern – wohl interessanter, aber praktisch nicht so nützlich – in Zürich und Kopenhagen bzw. Oslo Ethnologie, deutsche Literatur bzw. Geschichte und «populäre Kulturen» studiert; beide belegten auch das Fach «Internationale Beziehungen». Sie hatten aus den Berufsfeldern ihrer Eltern diejenigen Elemente herausgegriffen und behandeln sie unter anderen, weiteren Gesichtswinkeln, die auch Susi und mich besonders interessieren. Sie widmen sich heute beruflich Aufgaben, die nicht primär einen lukrativen Charakter haben. Unsere Familie verbrachte zusammen verschiedene längere Auslandsaufenthalte in Cambridge (Massachusetts) und Stanford (California) und prächtige Ferien in verschiedenen Ländern und Kantonen, die zu meinem allerwertvollsten Erinnerungsschatz gehören. Heute bedaure ich es, dass ich seinerzeit den Kindern nicht noch mehr Zeit gewidmet habe. Ich ging von der seltsamen, heute für mich nicht mehr verständlichen Ambition aus, dass ich auch meine Kinder vor allem durch Leistungen ausser Hauses, nämlich im Beruf, beeindrucken und ihnen damit dienen solle. Heute teilen wir alle in der Familie viele Wertungen über eine sinnvolle Lebensführung, und es ist für Susi und mich immer eine Genugtuung und Freude, mit unseren Töchtern zusammen zu sein; das Gefühl der Zusammengehörigkeit spendet wertvolle Kraft.

9. Konklusionen: Passion für das Recht – Bon voyage!

Ich erinnere mich abschliessend an eine Episode: In meiner frühen Kindheit besuchte ich verschiedentlich meine Patin, die Schwester meines Vaters, die mit einem calvinistischen Pastor, den sie in Genf kennen gelernt hatte, in Holland verheiratet war und dort schon seit den Dreissigerjahren lebte. Eines Abends fuhren wir nach Vlissingen an die Küste des Atlantiks, wo eine über-grosse Statue auf das Meer hinaus blickte. In der Ferne schienen Himmel und Meer ineinander zu verfliessen, und Schiffe liefen aus dem Hafen aus oder fuhren in den Hafen ein. Da erzählte mir mein holländischer Onkel von Hugo Grotius (Hugo de Groot), der 1609 ein klassisches Werk über die «Freiheit der Meere» geschrieben habe und «Vater des Völkerrechts» genannt werde. Viel später lernte ich, dass bereits die spanischen Theologen Francisco de Vitoria und Franciso Suárez Ideen eines weltumspannenden, universalen Rechts entwickelt hatten; im «ius communicandi» aller Menschen – auch der Bewohner der Kolonialgebiete – und im Gedanken der «Fraternité» erblickten sie die Grundlage eines universalen Rechtssystems, so wie Immanuel Kant am Ende des 18. Jahrhunderts das Prinzip der «universellen Gastfreundschaft» als Basis einer kosmopolitischen Rechtsordnung betrachtete. Meine Patin verglich die Weite des Horizonts mit der Enge der glarnerischen Ge-

birgswelt, in der sie aufgewachsen war, die vielleicht eine gewisse Begrenztheit der Wahrnehmung, aber auch Geborgenheit in der Talgemeinschaft vermittelte und – im Gegensatz zu ihrer neuen Heimat – über die Jahrhunderte von Kriegen verschont geblieben war.

Die Schiffe, die über den Horizont glitten, sind – wie Joseph Conrad einmal schrieb⁵⁰ – im Grunde in ihrer funktionalen Struktur immer dieselben, so wie das Wasser, auf dem sie sich bewegen, immer dasselbe ist; aber die Ausstattung, die sich in dieser Miniaturwelt befindet, ist immer eine andere. Was sind Instrumente und Möbel, die sich in meinem – wenn auch nicht bedeutenden – Schiffchen befinden? Wie sind sie zu beurteilen?

Ich nenne fünf Probleme oder Pläne, an denen ich gerne (weiter) arbeiten würde.

Erstens frage ich mich, ob unsere Demokratie – so wertvoll und selbstverständlich sie ist als «Daseinsform» der Schweiz – nicht in der Gefahr steht, Schaden zu nehmen. Ich erinnere mich an die Landsgemeinde, an die ich seinerzeit zusammen mit meinem Vater am letzten Sonntag im April gewandert war – beide mit einem Degen, der seine mit einer lateinischen, der meine mit einer griechischen Inschrift. Die Regierung trat hier mit Autorität, d.h. als anerkannte politische Elite, aber bescheiden – fast möchte man sagen «demütig» – vor die Bürger, um Rechenschaft abzulegen.⁵¹ Die direkt-demokratischen Instrumente können sich aber auch als gefährlich erweisen, wenn sie nicht im Dienst einer verantwortungsvollen Bürgerschaft, sondern zur Verfolgung von kommerziellen oder rein partikularistischen Interessen eingesetzt werden oder zu Zwecken der Manipulation oder aus Launenhaftigkeit missbraucht werden. Auch kann die Bildung einer vernünftigen öffentlichen Meinung durch Uninformiertheit, die auch das Resultat von Überinformation sein kann, behindert werden. Ich spreche bewusst abstrakt von «Gefahren», denn ich glaube, dass sich die direkte Demokratie in der Schweiz bisher praktisch bewährt hat und entscheidend dazu beitrug, dass die Schweizer im Grossen und Ganzen mit ihrem Staat zufrieden und wirtschaftlich erfolgreich sind. Die Volksrechte bedürfen auf Bundesebene der Revision. So scheint es insbesondere geboten, die «Achtung des Völkerrechts» (Art. 5 BV) verfahrensmässig abzusichern, und ich frage mich auch, ob nicht die Volksinitiative auf Verfassungsrevision durch eine Initiative auf Gesetzesrevision ergänzt werden sollte. Die Würde der Verfassung als des obersten Gesetzes im Staat bedarf jeden Falls des besonderen Schutzes.

⁵⁰ Joseph Conrad, *Heart of Darkness*, in: id., *Heart of Darkness and selected Short Fiction*, Introduced and Notes by A. Michael Matin, New York 2003, S. 48.

⁵¹ Auf Englisch gibt es den passenderen Ausdruck «humbleness».

Zweitens scheint es von aussen gesehen fast unverständlich, wie hartnäckig sich die Schweiz gegen weitere Integrationsschritte nach Europa hin zur Wehr setzt. Die Bundesverfassung – auch die total revidierte Bundesverfassung von 1999 – nimmt von Europa keine Notiz, und dasselbe trifft im wesentlichen auch auf die meisten Parteiprogramme zu. Schon fast pathologisch, wenn nicht lächerlich wirkt es, wenn die Europäische Union von Europagegnern mit dem Dritten Reich verglichen wird und um Objektivität bemühte Wissenschaftler als Beteiligte von «Landesverrat» bezichtigt werden. Die EU mit ihren bürokratischen Rechtsetzungsmethoden ist beileibe kein Paradies auf Erden, und es könnte m.E. gerade – aus einer übergeordneten Perspektive gesehen – die Funktion europafreundlicher Schweizer sein, als Katalysatoren der Reform zu wirken. Die demokratische Praxis der Schweiz zeigt, dass die abstimmenden Bürger im Allgemeinen ein gutes Sensorium für die Auswirkungen des Rechts in der Wirklichkeit besitzen, obgleich es hier und da – ich denke vor allem an Fragen der auswärtigen Politik und des «Rule of Law» – an Weitsicht mangelt. Ich habe hierüber, zusammen mit einem Kollegen, auf Französisch ein Buch geschrieben, das noch 2014 oder 2015 erscheinen soll. Gewiss soll die Schweiz bedacht sein, ihre Interessen wahrzunehmen und in Verhandlungen den bewährten Status quo der sog. Bilateralen Verträge nicht leichtfertig aufs Spiel setzen. Sie soll aber Europapolitik aus Solidarität und Mitverantwortung für das europäische Ganze, ja aus Liebe zu unserem so vielgestaltigen Kontinent und mit Augenmass betreiben. Ich meine immer, dass wir der europäischen Idee, die wir nicht einfach glorifizieren wollen, umso näher kommen, je mehr wir uns in unsere eigene Geschichte versenken und das sog. «Fremde» als das «Eigene» empfinden. Gibt es nicht – in einem engeren oder weiten Sinne – interessante Parallelen zur (oft progressiven, aber leider oft auch reaktionären) Schweizer Geschichte?

Drittens ist zu den guten Beziehungen zwischen den Sprachregionen Sorge zu tragen, die – gerade angesichts verschiedener Visionen von Aussenpolitik – nicht für alle Zeiten gesichert erscheinen. Erinnern wir uns: die Landesteile der Schweiz sind im Grunde erst im Rahmen des Bundesstaates von 1848 zusammengewachsen und sie erfuhren nach einer Festigung im produktiven 19. Jahrhundert im Ersten Weltkrieg eine schwere Belastungsprobe, wie sie in der heutigen Welt ethnischer Konflikte europaweit erneut aufkeimen können; und bedenken wir, dass scheinbar festgefügte Staaten wie das Vereinigte Königreich, Spanien und neuerdings die Ukraine von Sezessionsbewegungen und Dismembration bedroht sind. Der schweizerische multikulturelle, liberale Verfassungsstaat mit seinen vielen Antennen nach aussen ist ein Zivilisationsprodukt «par excellence» und bedarf der sorgsamsten Schonung und des Schutzes.

Eine Sorge ist, *viertens*, auch die Pflege des Rechts. Der berühmte deutsche Rechtsgelehrte Rudolf von Jhering sagte seinerzeit den Schweizern ei-

nen besonderen Rechtssinn nach, der sich darin offenbare, dass sie bereit wären, selbst um fünf Centimes erbittert zu kämpfen, wenn es darum gehe, Gerechtigkeit durchzusetzen. Heute geht es aber darum, auf der Makroebene auch fundamentalen Rechtsprinzipien der Verfassung und des Völkerrechts zum Durchbruch zu verhelfen, und es ist deprimierend, wie sehr das «Rule of law»-Bewusstsein im Volk und bei den Behörden im Niedergang begriffen ist, dies trotz Überfütterung mit Informationen durch die Medien; ich denke etwa an neuere abwegige Volksinitiativen wie die vom Volk und Ständen angenommene Ausschaffungsinitiative.⁵²

Wichtig scheint mir, *fünftens*, dass die (Rechts)Wissenschaft in unserem Staat in einem guten Zustand verbleibt. Sie scheint mir im Begriffe zu sein, sich im Spezialistentum zu verlieren⁵³ und die grösseren Zusammenhänge des Lebens und die Grundwerte, auf denen jede Rechtsordnung beruhen muss, aus den Augen zu verlieren. Auch darf sich die «Juris-Prudenz» nicht in sozialwissenschaftlichem Jargon verlieren. Sie ist eine Klugheitslehre. Dialog und Argumente wie auch Urteilskraft und der Wille zur Synthese sind ihre tragenden Elemente. Gerechtigkeitswerte müssen im Zentrum stehen. Auch ist, wie ich meine, der gute Jurist eine Art «intellectuel engagé» mit Imagination und mit Mut.

Soviel also, aus einiger Distanz, als Rückblick auf mein (bisheriges) Leben: eine «Ich-Welt» gewiss – so die Aufgabenstellung –, die ich aber durchaus immer auch als eine mit vielen Anderen «geteilte» Welt verstanden habe. Wir alle haben unsere eigene Geschichte. Wir alle schaffen, auf die eine oder andere Weise, unsere Plattform (oder «Kanzel»), auf der wir – auf uns selber konzentriert – unsere Geschichte erzählen. Der vorliegende Aufsatz enthält eine Art Bestandesaufnahme oder Zusammenstellung über mein Leben, so wie ich es sehe, eine «Auslegeordnung», wie man in der Schweiz sagt, dies im Bewusstsein, eine unter zahllosen zu sein. Es geht nun weiter, dies in der Hoffnung auf «bon voyage».

⁵² Näheres etwa bei Daniel Thürer, Volksherrschaft und Herrschaft des Rechts, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2014/I, Heft 1, S. 3 ff.

⁵³ Vgl. für erste Ansätze die prägnante – heute aber, wie ich meine – überholte Formulierung von Max Weber: «Nur durch strenge Spezialisierung kann der wissenschaftliche Arbeiter tatsächlich das Vollgefühl, einmal und vielleicht nie wieder im Leben, sich zu eigen zu machen: hier habe ich etwas geleistet, was *dauern* wird. Eine wirklich endgültige und tüchtige Leistung ist heute stets: eine spezialisierte Leistung.» In: Vom inneren Beruf zur Wissenschaft, abgedruckt in: Max Weber, Soziologie, Stuttgart 1992, S. 311.

